

Predano: prosinac 2013.
Pregledni znanstveni rad

KAZNENA DJELA NEOVLAŠTENOG ZVUČNOG SNIMANJA I PRISLUŠKIVANJA TE NEOVLAŠTENOG SLIKOVNOG SNIMANJA S OSVRTOM NA PRAKSU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I ELABORACIJOM POJMOVA PRIVATNOSTI I NEOVLAŠTENOSTI

U radu se razrađuje problematika vezana za kaznena djela Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja iz članaka 143. Kaznenog zakona te Neovlaštenog slikovnog snimanja iz članka 144. Kaznenog zakona, kao kaznenih djela kojima se štiti privatnost. Privatnost kao pojam nije definiran Kaznenim zakonom, a ne postoji niti jedna općeprihvaćena definicija privatnosti niti u hrvatskom zakonodavstvu niti na međunarodnom nivou. Privatnost poprima razne oblike, pa se pravo na privatnost tih oblika štiti raznim zakonima koji se bave problematikom određenog područja (pravo zaštite izgovorene ili pisane riječi, osobnog i obiteljskog života i druga prava zajamčena Ustavom Republike Hrvatske i međunarodnim dokumentima). Uz privatnost se vežu pojmovi prava na privatnost i privatan prostor, koji se elaboriraju u radu. Autorica posebnu pozornost posvećuje pojmu neovlaštenosti kao načinu poduzimanja radnji u ovim kaznenim djelima te njegovoj dvostrukoj funkciji. Govori se o dopuštenju i ovlaštenju kao različitim pojmovima, od kojih bi dopuštenje isključivalo biće ovih kaznenih djela, a ovlaštenje protupravnost. Navode se i analiziraju presude Europskog suda za ljudska prava koje su se bavile predmetnom tematikom privatnosti, privatnog prostora i prava na privatnost osoba i javnih osoba na javnim mjestima i događajima. Oba kaznena djela neovlaštenog snimanja, u ranije važećem Kaznenom zakonu iz 1997. godine, bila su sadržajno drugačija od današnjeg uređenja te inkriminirana kao različiti oblici jednog kaznenog djela Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja člankom 131. Prikazane su i analizirane inkriminacije neovlaštenog snimanja i prisluškivanja u kaznenim zakonodavstvima Republike Njemačke i Švicarske, te su u kratkim crtama uspoređene s inkriminacijama u hrvatskom kaznenom pravu. Elaborirana je i problematika stjecaja kaznenih djela Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja iz članaka 143. Kaznenog zakona te Neovlaštenog slikovnog snimanja iz članka 144. Kaznenog zakona sa kaznenim djelom Zlouporebe položaja i ovlasti iz članka 291. Kaznenog zakona.

* Marta Dragičević Prtenjača, asistentica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu (Marta Dragičević Prtenjača, Assistant Lecturer, Department of Criminal Law, Faculty of Law, University of Zagreb), e-mail: marta.dragicevic@pravo.hr. Posebnu zahvalnost želim iskazati svojem mentoru prof. dr.sc. Davoru Derenčinoviću, koji je svojim savjetima, prijedlozima, usmjeravanjima, pravnim tumačenjima, kritikama i opaskama uvelike doprinio nastanku ovog rada.

Ključne riječi: neovlašteno snimanje, neovlašteno prisluškivanje, Europski sud za ljudska prava, zaštita privatnosti

1. UVOD

Razvojem tehnologije i povećanom dostupnošću sredstava i programa (npr. aplikacije na tzv. pametnim telefonima) za snimanje (zvučno i slikovno), pravo na privatnost pojedinca biva sve više ugroženo. Raznim društvenim mrežama na webu-u, omogućava se sve više i sve većem broju osoba uvid u privatnost pojedinaca. Upravo mogućnost lakog snimanja te lake i brze pohrane podataka, ali i njihovog prijenosa, povećava opasnost od zadiranja u sferu privatnosti. Pravo na privatnost jamči se raznim međunarodnim dokumentima, a njegova zaštita se osigurava nacionalnim zakonodavstvima. U Republici Hrvatskoj pravo na privatnost zajamčeno je Ustavom te odredbama ratificiranih konvencija, primjerice Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a štiti se zakonima, primjerice Zakonom o zaštiti osobnih podataka, Zakonom o radu. U konačnici, ako dovoljna zaštita nije osigurana drugim zakonima, Kazneni zakon nastupa kao „ultima ratio“ i štiti ovo pravo, na način da povrede prava na privatnost inkriminira kao kaznena djela. Pravo na privatnost ima više oblika, a samo neki od njih su pravo pojedinca na nejavno izgovorenu riječ te svoju sliku, odnosno lik. Kaznenim zakonom inkriminirano je nekoliko kaznenih djela protiv privatnosti. Narušavanje nepovredivosti doma i poslovnog prostora (članak 141. KZ), Povreda tajnosti pisama i drugih pošiljaka (članak 142. KZ), Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje (članak 143. KZ), Neovlašteno slikovno snimanje (članak 144. KZ), Neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne (članak 145. KZ), Nedoovoljena uporaba osobnih podataka (članak 146. KZ). U radu će se analizirati dva kaznena djela protiv privatnosti, koja se nalaze u Glavi XIV Kaznenog zakona (dalje u tekstu: KZ) - Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje (članak 143. KZ) te Neovlašteno slikovno snimanje (članak 144. KZ). Posebna pozornost bit će posvećena pojmu privatnosti, pravu na privatnost i privatnom prostoru te neovlaštenosti kao pojmu koji se nalazi u nazivu i zakonskom opisu oba kaznena djela. Prikazat će se i inkriminacija Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja koja je bila uređena prijašnjim Kaznenim zakonom (Kaznenim zakonom iz 1997. godine; dalje u tekstu: KZ97), te će se istaknuti razlike u odnosu na današnje inkriminacije. Komparativno će se prikazati inkriminacije neovlaštenog snimanja i prisluškivanja u kaznenim zakonodavstvima Republike Njemačke i Švicarske i u bitnim odrednicama će se usporediti sa inkriminacijama u hrvatskom kaznenom pravu.

Problematizirat će se mogućnost stjecaja ova dva kaznena djela s kaznenim djelom Zlouporebe položaja i ovlasti.

2. PRIVATNOST, PRAVO NA PRIVATNOST I POJAM PRIVATNOG PROSTORA

Privatnost, pravo na privatnost i privatan prostor su različiti pojmovi koji se ne smiju shvaćati kao istoznačnice. Privatnost je pojam koji svaka država definira na svoj način (čak svako pravno područje ima svoje definicije), a o čemu će biti više riječi dalje u tekstu. Pravo na privatnost je pravo pojedinca na ostvarivanje privatnosti i upravo se ono štiti raznim međunarodnim dokumentima i nacionalnim Ustavom i zakonima. Privatan prostor je prostor „u koji nitko nema pravo ući“¹ i u kojem pojedinac ima pravo uživanja svoje privatnosti.

2.1. Privatnost i pravo na privatnost

Općeprihvaćena definicija privatnosti ne postoji, pa ju različite zemlje definiraju na različit način, koji varira o kontekstu i okolnostima koji prevladavaju u određenom društvu. Razni dokumenti definiraju ovaj pojam različito. Odbor Ujedinjenog Kraljevstva za privatnost i vezana pitanja usvojio je 1990. godine definiciju privatnosti kao „*pravo pojedinca da bude zaštićen od zadiranja u svoj privatan život i poslove ili život i poslove svoje obitelji, fizičkim sredstvima ili objavljivanjem informacija*“,² dok australska Povelja privatnosti iz 1994. godine, navedeno pravo definira kao „*autonomiju pojedinca i kao ograničenje prava države i privatnih organizacija da zadiru u tu autonomiju*“ koja je zajamčena u slobodnom i demokratskom društvu. Pod navedeni pojam svrstano je pravo pojedinca na privatnost svojeg tijela, privatnog prostora, privatnost komunikacija, osobnih podataka i pravo na slobodu od nadziranja.³

Definicija privatnosti u Republici Hrvatskoj ne postoji, stoga je njezino definiranje ostavljeno zakonima koji uređuju pitanja vezana uz privatnost (Npr. Zakon o medijima (NN 59/04, 84/11, 81/13), Zakon o zaštiti osobnih podataka (NN 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12)). Kazneni zakon se

¹ Harris, J. & O'Boyle, M. & Warbric, C. (2009), str. 367.

² Maralyan, A. (2012).

³ Australian Privacy Charter (1994) „*A free and democratic society requires respect for the autonomy of individuals, and limits on the power of both state and private organizations to intrude on that autonomy*“. „*People have a right to the privacy of their own body, private space, privacy of communications, information privacy (rights concerning information about a person), and freedom from surveillance*“.

bavi privatnošću, kroz zaštitu prava pojedinca na privatnosti. Privatnost je Kaznenim zakonom zaštićeno pravno dobro, međutim pojam privatnosti nije definiran Kaznenim zakonom. Shodno tome, značenje privatnosti treba utvrditi tumačenjem odredbi ustavnog ranga i međunarodnih konvencija ili primijeniti definicije privatnosti iz drugih zakona (Primjerice iz Zakona o medijima (NN 59/04, 84/11, 81/13), Zakona o zaštiti osobnih podataka (NN 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12) ili Zakona o radu (NN 149/09, 61/11, 73/13)).

Zakon o medijima (dalje: ZM) u svojem članku 2.⁴ definira privatnost kao „osobni i obiteljski život, a prije svega, pravo na život po vlastitom izboru i opredjeljenju“, dok pravo na privatnost svakog pojedinca regulira člankom 7., kao pravo koje ima svaka osoba, pa i osoba koja obavlja javnu službu ili dužnost „osim u slučajevima koji su u vezi s javnom službom ili dužnosti koju osoba obavlja.“⁵ Citirana odredba članka 7. je u skladu sa praksom Europskog suda za ljudska prava koji pruža zaštitu javnim i „relativno“ javnim osobama od zadiranja u njihovu privatnost, ako učinjene snimke nisu u vezi s funkcijom koju obnašaju.⁶ Zakonodavac se ogradio od posebnih slučajeva kada osoba sama svojim izjavama, ponašanjem i drugim djelima iz osobnog ili obiteljskog života privlači pozornost javnosti, pa je propisao da u takvim slučajevima te osobe ne mogu „zahtijevati istu razinu privatnosti kao drugi građani“ (članak 7. stavak 3. ZM). Neki drugi zakoni, primjerice Zakon o radu (članak 34.)⁷ i Zakon o zaštiti osobnih podataka (članak 2.)⁸ reguliraju pojam privatnosti kroz definiranje pojma osobnih podataka, a što predstavlja samo jedan vid privatnosti i pojmovno je znatno uže od značenja pojma privatnosti.

Pravo na privatnost zaštićeno je od zadiranja države ili drugih pojedinaca i pravnih osoba raznim temeljnim međunarodnim dokumentima. Člankom 12. Opće deklaracije o ljudskim pravima (1948.)⁹ propisano je da „nitko ne smije biti podvrgnut samovoljnom miješanju u njegov privatni život, obitelj, dom ili dopisivanje, niti napadima na njegovu čast i ugled“ te da „svatko ima pravo na pravnu zaštitu protiv takvog miješanja ili napada“. Navedeno je pravo regulirano i člankom 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim

⁴ Zakonom o medijima (NN 59/04, 84/11, 81/13) je derogiran Zakon o javnom priopćavanju (NN-69/03-pročišćeni tekst)

⁵ Članak 7. stavak 1. i 2. ZM;

⁶ za više vidjeti Presudu Europskog suda za ljudska prava *Von Hannover* protiv Njemačke (br.2) (2012);

⁷ Zakon o radu (NN 149/09,61/11, 82/12, 73/13);

⁸ Zakon o zaštiti osobnih podataka (NN 103/03,118/06,41/08,130/11, 106/12);

⁹ Opća deklaracija o ljudskim pravima 1948 (NN-MU-12/09) ;

pravima (1966.)¹⁰ koji je sadržajno identičan članku 12. Opće deklaracije o ljudskim pravima. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine (dalje: Konvencija) ovo pravo jamči člankom 8.,¹¹ prema kojem je svakome zajamčeno pravo na poštovanje njegovog privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja (članak 8. stavak 1. Konvencije). Sljedećim stavkom je zabranjeno javnoj vlasti miješanje odnosno zadiranje u prava iz stavka 1. osim ako je takvo zadiranje nužno u demokratskom društvu¹² radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, gospodarske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih (članak 8. Stavak 2. Konvencije). Ovdje je riječ o ekskluzivskoj klauzuli čiji je sadržaj ograničavanje pojedinih temeljnih prava i sloboda, pa navedena odredba govori o mogućnosti uplitanja vlasti radi ograničavanja određenih ljudskih prava radi zaštite pojedinih legitimnih interesa. Odredbom članka 17. Konvencije propisana je zabrana zlouporaba prava u pravcu da se ništa što je navedeno u Konvenciji ne smije tumačiti na način da se uništavaju prava i slobode koje su priznate Konvencijom ili da se ona ograničavaju u većoj mjeri nego što je to u Konvenciji predviđeno. Prema Deklaraciji o sredstvima javnog priopćavanja i ljudskim pravima pravo na privatnost je definirano kao „*pravo živjeti svojim životom uz minimalno zadiranje*“ od strane drugih. Navedeno pravo obuhvaća privatan i obiteljski te kućni život, psihički i moralni integritet, čast i ugled, zaštitu od klevetanja, neotkrivanje nevažnih i neugodnih činjenica, zaštitu od objavljivanja privatnih fotografija bez pristanka te zaštitu od objavljivanja informacija koje su dane ili primljene u povjerenju.¹³

Predmetno pravo zajamčeno je i Ustavom Republike Hrvatske¹⁴ u njegovim odredbama članka 14. i 16. gdje je navedeno da svatko u Republici Hrvatskoj neovisno o svojem socijalnom porijeklu, spolu, rasi, vjeroispovijesti i drugim osobinama ima prava i slobode, te su svi jednaki pred zakonom (članak 14.). Prava i slobode građana mogu se ograničiti samo zakonom radi zaštite slobode i prava drugih ljudi, pravnog poretka, javnog morala i zdravlja, te svako ograničenje tih prava i sloboda mora biti razmjerno prirodi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (članak 16.). Iz toga se zaključuje

¹⁰ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima 1966 (NN-MU-12/93);

¹¹ Članak 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.);

¹² Europski sud za ljudska prava u predmetu Čosić protiv Hrvatske ponovio je zauzeti stav da će se „miješanje države smatrati „nužnim u demokratskom društvu“ za legitimni cilj ako odgovara na „snažno prisutnu društvenu potrebu“, i posebice, ako je razmjerno legitimnom cilju koji se nastoji ostvariti“. Presuda Europskog suda za ljudska prava Čosić protiv Hrvatske (2009.), str.4. odnosno Presuda Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III/46/2007.

¹³ Deklaraciju je usvojila Parlamentarna skupština Vijeća Europe 1970. godine, Rezolucijom 428.

¹⁴ Ustav Republike Hrvatske (NN 56/90, 113/00,28/01,76/10);

da svako zadiranje u prava i slobode drugih ljudi mora biti opravdano s aspekta članka 16. Ustava. Pravo na privatnost ima više pojavnih oblika. Tako je člankom 34. zajamčena nepovredivost doma, kao jedan oblik privatnosti. Članak 35. Ustava svima jamči pravo na osobni i obiteljski život, dostojanstvo, čast i ugled, dok članak 36. Ustava propisuje slobodu i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja. Člankom 37. Ustava je zajamčena sigurnosti i tajnost osobnih podataka. Svi navedeni članci Ustava jamče razne oblike privatnosti te ukazuju na potrebu njihove zaštite zakonima.

Tumačenjem navedenih odredbi Konvencije, ali i Ustava RH dolazi se do interpretacije da nitko (vlast ili druge osobe) ne smije poduzimati radnje koje bi dovele do ograničavanja prava drugih u većoj mjeri nego što je to predviđeno relevantnim odredbama ovih dokumenata.¹⁵

O pravu na privatnost rješavao je i Europski sud za ljudska prava (dalje: Sud), koji je u predmetu *Niemietz* protiv Njemačke (1992.) zauzeo stav u pogledu pojma privatnog života. Naime, privatan život ne obuhvaća samo tzv. „*inner circle*“ (unutrašnji krug) pojedinca, nego se pod ovim pojmom razumijevaju i druge veze s okolinom i odnosi s drugim ljudima. To iz razloga što privatan život obuhvaća i slobodu uspostavljanja veza s drugima, a što je socijalan nastavak na temeljni unutrašnji krug pojedinca.¹⁶ U predmetu *McFeeley* protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1980) Europska komisija za ljudska prava (dalje: Komisija) je naglasila važnost odnosa i veza s drugima ljudima, zaključujući da pravo na privatan život imaju i zatvorenici te im je potrebno omogućiti određeni stupanj uspostavljanja odnosa s drugima. Sud je zauzeo stajalište da nadziranje osoba na javnim mjestima uporabom sredstava za fotografiranje u pravilu ne predstavlja zadiranje u privatnost pojedinca i miješanje u njegov privatan život, ali snimanje, pohrana ili uporaba tih podataka mogu predstavljati povredu članka 8. Konvencije.¹⁷

U Engleskoj se povijesno nije priznavalo prvo na privatnost *per se*.¹⁸ Prvenstveno se zaštita prava na privatnost temeljila na kršenju odredbi Zakona o povjerljivosti koji je jamčio zaštitu povjerljivih informacija.¹⁹

¹⁵ *Pezo, I.* (2002), str. 58.

¹⁶ *Harris, J. & O'Boyle, M. & Warbric, C.* (2009), str. 364.

¹⁷ *Ibid.*, str. 365.

¹⁸ Zajednički odbor (Doma Lordova i Doma Naroda) Ujedinjenog Kraljevstva za privatnost i zabrane donio je Izvješće o privatnosti i zabranama u 3. mjesecu 2012. Zajednički odbor (Doma Lordova i Doma Naroda) Ujedinjenog Kraljevstva za privatnost i zabrane. (2012), str. 9.

¹⁹ *Ibid.*

Pravo na privatnost se, prije donošenja Zakona o ljudskim pravima 1998. godine, štitilo kroz jamčenje nepovredivosti doma te zaštitu časti i ugleda od kleveta i zlonamjernih laži.²⁰ Zakonom o zaštiti od ugnjetavanja 1997. godine, Zakonom o zaštiti podataka iz 1998. godine²¹ te Zakonom o istražnim radnjama 2000. godine, štitili su se razni oblici prava na privatnost.²² Općenita zaštita prava privatnosti je u Englesko pravo unijeta Zakonom o ljudskim pravima 1998. godine. Zakon je onemogućio javnim vlastima i sudovima da ne postupaju u skladu s odredbama Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, naročito prema članku 8. kojim se jamči pravo na privatnost i članku 10. kojim je prvi put u engleski pravni sustav izrijekom uvedeno pravo na slobodu izražavanja.²³ Temeljem tih pravnih dokumenta i zakona pravo na privatnost počelo se štiti i odlukama sudova - presedanima, tako da je i sudska praksa postala izvor prava zaštite privatnosti.²⁴

2.2. Privatni prostor

Smisao pojma privatnog prostora je da predstavlja prostor u „koji nitko nema pravo ući“,²⁵ a svako zadiranje u taj prostor potencijalno može predstavljati kršenje Konvencije. Shvaćen je prilično široko jer se istim ne smatra samo dom, nego i prostor izvan doma, dopisivanje, ali i drugi odnosi, primjerice prisluškivanje telefonskih linija, što predstavlja zadiranje u privatni prostor pojedinca.²⁶ Ovo shvaćanje se temelji na anglosaksonskom načelu da pojedinac ima pravo zadržati za sebe sve što on jest i sve što radi, pa se čak i postupanja na javnim mjestima mogu smatrati privatnim životom, pod uvjetom da nisu štetna za društvo ili prava drugih.²⁷ Navedeno shvaćanje u smislu da je privatnost pravo pojedinca da ga se pusti na miru (engl. - *right to be let alone*), razrađeno je u prošlom stoljeću (1890. godine) u Sjedinjenim Američkim Državama, od suca *Louis Brandeis-a* i odvjetnika *Samuel Warren-a*.²⁸

²⁰ *Ibid.*

²¹ Zakon o zaštiti podataka iz 1998. godine implementirao je odredbe EU Direktive o zaštiti podataka (95/24/EC), za koji je Europska komisija u siječnju 2012. podnijela prijedlog za cjelovitom reformom Direktive o zaštiti podataka- Zajednički odbor (Doma Lordova i Doma Naroda) Ujedinjenog Kraljevstva za privatnost i zabrane. (2012). str. 9.

²² *Supra* 18., str. 10.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Supra* 18., str. 11,12.

²⁵ *Harris, J. & O'Boyle, M. & Warbric, C.* (2009), str. 367.

²⁶ *Ibid.*, str. 368.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Warren, S. D. & Brandeis, L. D.* (1890), str.2.

3. KAZNENA DJELA NEOVLAŠTENOG ZVUČNOG SNIMANJA I PRISLUŠKIVANJA TE NEOVLAŠTENOG SLIKOVNOG SNIMANJA

Kazneni zakon koji je stupio na snagu 1. siječnja 2013. godine drugačije je uredio kazneno djelo neovlaštenog snimanja i prisluškivanja nego Kazneni zakon iz 1997. godine (dalje u tekstu: KZ97). Do donošenja danas važećeg Kaznenog zakona postojalo je samo jedno kazneno djelo Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja, koje je u različitim stavcima uređivalo slikovno (stavak 1. članak 131. KZ97) i zvučno snimanje (stavak 2. članak 131. KZ97) te prisluškivanje (stavak 2. članak 131. KZ97). Današnji Kazneni zakon sadrži dvije inkriminacije - Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje (članak 143. KZ) i Neovlašteno slikovno snimanje (članak 144. KZ), iz čega je vidljivo da je novim Kaznenim zakonom posebno inkriminirano zvučno snimanje kao teži oblik, a posebno slikovno snimanje kao lakši oblik. Oba navedena kaznena djela su kaznena djela protiv privatnosti i nalaze se u glavi XIV koja štiti privatnost kao pravno dobro.²⁹ Njihova prvenstvena svrha je zaštita prava privatnosti od raznih načina zadiranja u tu sferu.³⁰ Prijašnja inkriminacija u KZ97 unatoč činjenici da se njome štitila privatnost, nalazila se u glavi XI među kaznenim djelima protiv slobode i prava čovjeka i građanina.

Odredbe obje inkriminacije su puno detaljnije i jasnije uređene u odnosu na ranije postojeće rješenje. Ovakvo uređenje uvedeno je po uzoru na njemački Kazneni zakon, a slikovno snimanje se predvidjelo kao lakši oblik jer se u „demokratskim državama dopušta u znatnom opsegu slikovno snimanje koje nije karakterističan oblik političkih zlouporaba, kontrola i utjecaja“.³¹ Slikovno snimanje se i dosada smatralo na neki način lakšim oblikom, unatoč propisanoj kazni koja je bila jednaka za slikovno i tonsko snimanje. Predmetno je bilo razvidno iz zakonskog opisa djela u kojem se tražilo da bi djelo bilo počinjeno, počinitelj je morao kumulativno ispuniti dva uvjeta, odnosno postupati neovlašteno i kriomice, čime se suzilo polje zaštite od neovlaštenog snimanja u privatnosti,³² pa ukoliko jedan od ta dva uvjeta nije bio ispunjen, nije se moglo raditi o kaznenom djelu iz članka 131. KZ u vidu neovlaštenog slikovnog snimanja.

²⁹ Turković, K. & Novoselec, P. & Grozdanić, V. & Kurtović Mišić, A. & Derenčinović, D. & Bojanić, I. & Munivrana Vajda, M. & Mrčela, M. & Nola, S. & Roksandić Vidlička, S. & Tripalo, D. & Maršavelski, A. (2013), str. 193.

³⁰ Pavišić, B. & Grozdanić, V. & Veić, P. (2007), str. 368.

³¹ Konačni prijedlog Kaznenog zakona str. 188.

³² Pavišić, B. & Grozdanić, V. & Veić, P. (2007), str. 369.

3.1. Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje

Osoba koja zvučno snimi neki razgovor čini kazneno djelo prema članku 143. KZ³³ ukoliko je to snimanje neovlašteno i kada su snimljene „nejavno izgovorene riječi drugoga“ ili ukoliko neovlašteno prisluškuje posebnim napravama „nejavno izgovorene riječi drugoga koje mu nisu namijenjene“ (stavak 1.). Počinitelj je i osoba koja tako snimljene riječi učini dostupne drugima ili ih uporabi, i osoba koja prisluškivane riječi doslovce ili u bitnim crtama javno iznese (stavak 2.). Djelo se, dakle, može počiniti na četiri različita načina. Snimanjem tuđih izgovorenih riječi koje nisu namijenjene javnosti, prisluškivanjem drugoga posebnim napravama, uporabom tako dobivenih snimki ili njihovim davanjem drugim osobama te javnim iznošenjem tuđih riječi do koji se došlo prisluškivanjem.³⁴ Stavak 1. se odnosi na snimanje riječi druge osobe koje nisu namijenjene javnosti, pa osoba koja snima svoj razgovor s drugom osobom bez njegova znanja i ovlaštenja, čini ovo kazneno djelo.³⁵ Za sva navedena ponašanja predviđena je kazna do tri godine zatvora. Kvalificirani oblik ovog djela predviđen je u stavku 3. kada navedene radnje učini službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti, a za koji oblik je predviđena teža sankcija, kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Novina u odnosu na ranije uređenje je, da je izrijeком u stavku 4. predmetnog članka predviđen kao poseban razlog isključenja protupravnosti situacija kada su radnje opisne u stavku 1. i 2. „učinjene u javnom interesu ili drugom interesu koji je pretežniji od interesa zaštite privatnosti snimane ili prisluškivane osobe.“ Što se smatra pretežito javnim interesom u vezi ovog kaznenog djela, rečeno je u Obrazloženju radne

³³ *Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje*

Članak 143. KZ

„(1) Tko neovlašteno zvučno snimi nejavno izgovorene riječi drugoga ili tko posebnim napravama neovlašteno prisluškuje nejavno izgovorene riječi drugoga koje mu nisu namijenjene,

kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko snimljene riječi iz stavka 1. uporabi ili učini dostupnim trećoj osobi ili tko prisluškivane riječi iz stavka 1. doslovce ili u bitnim crtama javno iznese.

(3) Ako kazneno djelo iz stavka 1. i 2. ovoga članka počinio službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti,

kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(4) Nema kaznenog djela ako su radnje iz stavka 1. i 2. ovoga članka učinjene u javnom interesu ili drugom interesu koji je pretežniji od interesa zaštite privatnosti snimane ili prisluškivane osobe.

(5) Kaznena djela iz stavka 1. i 2. ovoga članka progone se po prijedlogu.

(6) Snimke i posebne naprave kojima je počinjeno kazneno djelo iz ovoga članka će se oduzeti.“

³⁴ *Derenčinović, D. & Cvitanović, L. & Munivrana Vajda, M. & Turković, K. (2013), str. 125.*

³⁵ *Supra* 31.

skupine za izradu nacrtu prijedloga Kaznenog zakona (dalje: Obrazloženje)³⁶, u kojem je navedeno da „snimanje koje se čini sa svrhom otkrivanja kaznenog djela čije je otkrivanje u javnom interesu“ jest pretežito javni interes.³⁷ S druge strane se u Obrazloženju navodi da će se drugi interes koji je pretežniji od privatnog interesa pojedinca koji je sniman ili prisluškivan, utvrđivati vaganjem tih interesa u svakom konkretnom slučaju.³⁸ Prema Obrazloženju pod pojmom „nejavno izgovorene riječi“ smatraju se riječi koje nisu namijenjene javnosti, što je široko poimanje te će sud u svakom konkretnom slučaju morati utvrđivati značenje ovog izraza prema okolnostima slučaja. Kada počinitelj nije službena osoba, kazneni postupak će se pokretati po prijedlogu za progon, a ukoliko on to jest tada se postupak pokreće po službenoj dužnosti. Odredba o oduzimanju posebnih naprava kojima je počinjeno kazneno djelo u odnosu na odredbu iz ranije važećeg Kaznenog zakona (KZ97) proširena je na način da se propisuje i obvezno oduzimanje snimaka koje su snimljene odnosno predmeta nastalih počinjenjem kaznenog djela tako da se uz *instrumenta sceleris* oduzimaju i *producta sceleris* (stavak 6.). *Ratio* ove odredbe je sprječavanje budućih povreda privatnosti korištenjem takvih snimki.³⁹

Ovo je namjerno kazneno djelo, pa počinitelj mora biti svjestan da suglasnosti odnosno odobrenja snimane odnosno prisluškivane osobe nema, ali i da izgovorene riječi nisu namijenjene javnosti, odnosno, kod prisluškivanja, njemu.⁴⁰ Njime se štiti privatnost druge osobe,⁴¹ pa se neće raditi o ovom kaznenom djelu ukoliko osoba, svjesno ili nesvjesno snimi samu sebe, koje stajalište je zauzeo i Vrhovni sud Republike Hrvatske u predmetu KŽ-1092/06.⁴² Djelo je nepravo posebno kazneno djelo, jer ga može počiniti svatko (stavak 1.), a posebno svojstvo počinitelja je kvalifikatorna okolnost (stavak 3.).⁴³ Može biti kazneno djelo stanja, primjerice kada se nekoga snimi i gotovo, a može biti i trajno, na način da se

³⁶ Konačni prijedlog Kaznenog zakona. str. 117.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Ibidem*

³⁹ *Supra* 34., str. 126.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Supra* 34., str. 125.

⁴² VSRH I KŽ-1092/2006 „Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao drugostupanjski sud, prihvata razloge prvostupanjskog suda, s time da treba ukazati na slijedeće: osoba koja snima sebe samu nema zaštitu privatnosti od neovlaštenog snimanja i prisluškivanja koju predviđa čl. 131. KZ-a. Zaštita privatnosti od zahvata tehničkim napravama za snimanje slike i glasa ustanovljena je da priječi neosnovano zadiranje u privatni život druge osobe. Zaštita ne obuhvaća postupke koje ta osoba poduzima sama, svjesno ili nesvjesno, jer takvu zaštitu privatnosti nije moguće zamisliti“.

⁴³ Djelo može počiniti svatko, ali kada ga počini „službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti“ djelo postaje kvalificirano. - Novoselec, P. & Bojanić, I. (2013), str. 137.

kontinuirano snima i prisluškuje neku osobu, čak i duži vremenski period. Time se protupravno stanje stvorilo i dalje se održava počiniteljevom voljom, a počinitelj može to stanje prekinuti. Cijelo vrijeme snimanja osoba ima pravo na nužnu obranu, a može se reći da je djelo materijalno dovršeno kada je snimanje prestalo. Pokušaj ovog djela je moguć, primjerice kada netko pokuša snimiti drugu osobu, ali mu to ne uspije (nije registriran snimak ili ga netko u tome prekine i sl.), ali prema postojećim odredbama nije kažnjiv za prva dva stavka kada počinitelj može biti bilo tko, jer je za oba oblika djela predviđena maksimalna kazna zatvora do tri godine, a nije posebno predviđeno kažnjavanje za pokušaj. Pokušaj kvalificiranog djela, kada je počinitelj službena osoba, je moguć i kažnjiv, jer je predviđena kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.⁴⁴ Djelo se može počiniti na javnom i nejavnom mjestu, jer ova inkriminacija nije vezana za mjesto na kojem su izrečene nejavno izgovorne riječi, nego za osobe koje ih izgovaraju i kojima (ni)su namijenjene.

Presude Europskog suda za ljudska prava u pogledu neovlaštene zvučne registracije i prisluškivanja, pretežno su vezane za pitanja procesnog prava i prava koja su zajamčena u kaznenom postupku. Međutim, potrebno je spomenuti dva ključna predmeta koja su se pojavila pred Sudom; predmet *Klass* i drugi protiv Njemačke (1978.) te *Malone* protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1984.) u kojim predmetima je sud odlučivao o kvaliteti zakona, odnosno o usklađenosti njihovih odredbi s odredbama Konvencije. U prvo spomenutom predmetu *Klass* i drugi protiv Njemačke podnositelji zahtjeva su tvrdili da zakoni kojima se dopušta vlastima da nadziru pojedince, a da ih o tome ne obavijeste predstavlja povredu članka 8. Konvencije.⁴⁵ Sud je utvrdio da je zakon kojim je regulirano nadziranje pojedinaca dovoljno određen i precizan te da je postupak kojim je regulirano nadziranje i kojim se osigurava da sve mjere nadzora budu u skladu sa zakonom, jest u skladu s odredbama Konvencije i ne predstavlja povredu članka 8. Konvencije.⁴⁶ Drugačiji stav je zauzeo u predmetu *Malone* protiv Ujedinjenog kraljevstva (1984.)⁴⁷ u kojem je utvrdio povredu članka 8. Konvencije, jer je tijekom kriminalističkog istraživanja proveden tajni nadzor nad podnositeljima zahtjeva u vidu policijskog presretanja telefonskih razgovora (prisluškivanja) i bilježenja poziva (popisivanja brojeva koji su birani s određenog telefonskog aparata). Sud je utvrdio da je propis kojim je regulirano

⁴⁴ Pokušaj je kažnjiv prema članku 34. KZ samo za kaznena djela za koja se po zakonu može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna ili ako je kažnjavanje za pokušaj izričito predviđeno u zakonu, a što ovdje nije slučaj.

⁴⁵ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Klass* i drugi protiv Njemačke, (1978.)

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Presuda Europskog suda za ljudska prava, *Malone* protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1984.)

policijsko prisluškivanje neodređen, nije dovoljno precizan da bi bio u skladu s člankom 8. Konvencije te da bilježenje poziva i uporaba tako dobivenih podataka te prisluškivanje, bez postojanja dostatne zakonske regulative kojom se uređuje takvo postupanje ili bez dobivenog pristanaka osobe čiji se pozivi bilježe, predstavlja neopravdano zadiranje u privatnost te povredu članka 8. Konvencije.⁴⁸ Sud je utvrdio povredu članka 8. Konvencije u nizu predmeta jer zakonski odnosno podzakonski propisi koji su regulirali problematiku prisluškivanja telefonskih aparata nisu bili u skladu s odredbom članka 8. stavka 2. Konvencije, primjerice u *Huvig* protiv Francuske (1990.), *Khan* protiv Ujedinjenog Kraljevstva (2000.), *Kruslin* protiv Francuske (1990.) i drugi.⁴⁹ Sud je u predmetu *Craxi* protiv Italije (br.2) (2003.) utvrdio povredu članka 8. Konvencije čak i u slučaju kada su informacije koje su pribavljene na legalan način puštene u javnost, jer nije bilo osigurano poštivanje prava pojedinca zbog toga što su vlasti propustile zabraniti pristup novinara transkriptima privatnih telefonskih razgovora.⁵⁰ U predmetu *Kruslin* protiv Francuske (1990.) sud je između ostalog naveo da „snimanje i drugi oblici presretanja telefonskih razgovora (prisluškivanje) predstavljaju ozbiljno miješanje u privatni život i prepisku, pa shodno tome moraju biti utemeljeni na osobito preciznom pravu. Iznimno je bitno da postoje jasna, detaljna pravila o ovome pitanju, osobito zbog toga što dostupna tehnologija postaje sve sofisticiranija“,⁵¹ te je našao povredu članka 8. Konvencije u tom predmetu jer zakonska regulativa koja je uređivala pitanje prisluškivanja nije bila dovoljno jasna i određena te se njome nije osigurala dovoljna zaštita prava od mogućih zlouporaba, odnosno podnositelj zahtjeva nije uživao niti minimalan stupanj zaštite na koju bi građani u demokratskom društvu imali pravo.⁵² U predmetu P.G i J.H. protiv Ujedinjenog kraljevstva (2001.) Sud je utvrdio povredu članka 8. Konvencije jer je policija, koja je koristila posebne skrivene naprave za zvučno snimanje osoba koje su odgovarale na policijska pitanja, čuvala te snimke radi daljnje analize te koristila podatke dobivene analizom na suđenju, a da nije obavijestila te osobe o poduzetim radnjama tijekom tog postupka istraživanja.

⁴⁸ Gomien, D. (2007), str.150.

⁴⁹ Zauzeo je stajalište da se načela koja se odnose na policijsko prisluškivanje odnose i na presretanje poruka s drugih oblika komunikacijske tehnologije (*Taylor-Sabori* protiv Ujedinjenog Kraljevstva (2002)) te da lokacija telefona nije od važnosti za primjenu članka 8. Konvencije, odnosno da se prisluškivanje telefona bez obzira gdje se telefon nalazi mora vršiti prema odredbama zakona čije odredbe moraju biti u skladu sa člankom 8. Konvencije, pa nije od važnosti da li je prisluškivan telefon u poslovnim prostorijama odnosno odvjetničkom uredu (*Amann* protiv Švicarske (2000.)) ili je prisluškivan telefon trećih osoba (*Lambert* protiv Francuske (1998.))- za više vidjeti Gomien, D. (2007), str. 151.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Kruslin* protiv Francuske, (1990.), str. 13.

⁵² *Ibid.*, str. 14.

Ustavni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci U-III/244/1997. usvaja ustavnu tužbu i ukida Odluku Državnog sudbenog vijeća te Odluku Županijskog doma Sabora Republike Hrvatske. Naime Odlukom Državnog sudbenog vijeća podnositelj ustavne tužbe bio je razriješen od dužnosti predsjednika i suca Vrhovnog suda Republike Hrvatske, a Ustavni sud je ukinuo odluku predmetnog tijela, između ostalog i iz razloga što je utvrdio da „su mjere nadzora tajnosti telefonskih razgovora poduzete prema drugim osobama, a ne prema podnositelju ustavne tužbe protiv kojeg je proveden disciplinski postupak i u odnosu na kojeg ministar unutarnjih poslova nije odredio nadzor nad telefonskim razgovorima“⁵³ te da su takvim postupanjem i korištenjem dokaza koji su pribavljeni „operativnim radom djelatnika SZUP-a u odnosu na druge osobe i druga djela, a ne podnositelja, potonjem na opisan način - iznošenjem osobnih podataka bez njegove privole, povredom tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja u području osobnog i obiteljskog života, povrijeđena navedena ustavna prava.“⁵⁴ Ustavni sud je utvrdio da su podnositelju ustavne tužbe povrijeđena prava iz članka 29. stavka 1. alineje 1. i stavka 3. Ustava te ustavna prava iz članka 35. 36. i 37. stavka 1. i 3. Ustava,⁵⁵ odnosno da su mu povrijeđena prava na pravično suđenje (članak 29. Ustava), pravo na privatnost u vidu osobnog, obiteljskog života, dostojanstva, časti i ugleda (članak 35. Ustava), te pravo na privatnost u dopisivanju i drugim oblicima komunikacije (članak 36. Ustava). Ustavni sud je utvrdio da mu je povrijeđeno i pravo na privatnost sigurnosti i tajnosti osobnih podataka (članak 37. Ustava).

3.2. Neovlašteno slikovno snimanje

Člankom 144. KZ⁵⁶ posebno je regulirano neovlašteno slikovno snimanje kao zadiranje u privatnost osoba koje se nalaze u privatnim prostorima (primjerice stanu) ili drugim prostorima koji su zaštićeni od pogleda ili ukoliko se takva snimka „uporabi“ ili učini dostupnom trećim osobama.

⁵³ U-III/244/1997., str. 3.

⁵⁴ *Ibid.*, str. 4.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Neovlašteno slikovno snimanje* - Članak 144. KZ „(1) Tko drugoga koji se nalazi u stanu ili prostoru posebno zaštićenom od pogleda neovlašteno slikovno snimi ili takvu snimku uporabi ili učini dostupnom trećoj osobi i na taj način povrijedi njegovu privatnost, kaznit će se kaznom zatvora do jedne godine.

(2) Ako kazneno djelo iz stavka 1. ovoga članka počinji službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti,

kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.

(3) Kazneno djelo iz stavka 1. ovoga članka progoni se po prijedlogu.

(4) Snimke i posebne naprave kojima je počinjeno kazneno djelo iz ovoga članka će se oduzeti.

Radnja počinjenja je slikovno snimanje drugoga koji se nalazi u stanu ili prostoru zaštićenom od pogleda te uporaba tako dobivene snimke ili njezino davanje drugoj osobi.⁵⁷ Prostor zaštićen od pogleda bio bi primjerice, zahod, kabina za tuširanje, svlačionica, otvoreni bazen na privatnom posjedu ako je zaštićen od pogleda, hotelska soba i slično.⁵⁸ Počinitelj je osoba koja neovlašteno snimi osobu u zaštićenom prostoru, ali i osoba koja tako učinjenu snimku uporabi ili proslijedi trećoj osobi. Počinitelj može biti bilo tko, ali i službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti, kada djelo postaje kvalificirano. I u ovom slučaju riječ je o nepravom posebnom kaznenom djelu.⁵⁹ Djelo se može počiniti samo s namjerom koja mora obuhvatiti činjenicu da se snima neovlašteno⁶⁰. Kada je počinitelj djela osoba koja nije snimila takvu snimku, ali ju upotrebljava ili prosljeđuje, tada mora biti svjestan činjenice da je snimka nastala pod inkriminirajućim okolnostima.⁶¹ U pogledu posljedice - povrede privatnosti, počinitelj mora postupati barem s neizravnom namjerom.⁶² Predmetno kazneno djelo je materijalno kazneno djelo jer je posljedica povreda privatnosti pojedinca.⁶³ Ovo kazneno djelo može također biti i kazneno djelo stanja i trajno kazneno djelo. Pokušaj ovog djela je moguć, ali prema postojećim odredbama nije kažnjiv, jer je za stavak 1. predviđena maksimalna kazna zatvora do jedne godine odnosno do tri godine za stavak 2., a nije posebno predviđeno kažnjavanje za pokušaj.

Svi oblici radnje moraju predstavljati povredu privatnosti osobe koja se snima, a propisana kazna je kazna zatvora do jedne godine odnosno do tri godine, ukoliko je počinitelj službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti. Za razliku od kaznenog djela Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja iz stavka 1. članka 131. KZ97 nije potrebno da počinitelj postupi neovlašteno i kriomice, već samo neovlašteno. U zakonskom opisu izbjegnuto je nabrojavanje tehničkih naprava kojima se kazneno djelo može počiniti, a pokušao se odrediti pojam privatnog prostora, kao prostora posebno zaštićenog od pogleda (ili stan). Pojam privatnog prostora nastojao se odrediti kako bi se što lakše utvrdile povrede prava na privatnost, budući da je osobi u privatnom prostoru zajamčeno ostvarivanje tog prava. Predviđeno je pokretanje kaznenog postupka po prijedlogu za progon kada počinitelj nije

⁵⁷ *Derenčinović, D. & Cvitanović, L. & Munivrana Vajda, M. & Turković, K. (2013), str. 127.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Vidjeti što je rečeno o nepravom kaznenom djelu u poglavlju 3.1. kod Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja.

⁶⁰ *Supra* 57. str. 129.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, str. 128.

službena osoba. Analogno rješenju u inkriminaciji Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja i kod Neovlaštenog slikovnog snimanja predviđeno je oduzimanje posebnih naprava i snimljenih snimaka (*instrumenta i producta sceleris*). Za razliku od inkriminacije u pogledu zvučnog snimanja i prisluškivanja kod Neovlaštenog slikovnog snimanja, nije predviđen kao poseban razlog isključenja protupravnosti počinjenje djela u javnom ili drugom interesu koji je pretežniji od privatnog interesa osobe koja je snimljena. Zašto je tome tako, ostaje samo nagađati. Iako nema izrijekom propisanog posebnog razloga isključenja protupravnosti kao kod Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja, mogu se primijeniti neki opći razlozi isključenja protupravnosti. Primjerice, postupanje osobe koja snimi prijetnje drugog, kvalificirat će se kao nužna obrana ili krajnja nužda, pa će takvo postupanje isključivati protupravnost prema odredbama iz općeg dijela Kaznenog zakona.

S obzirom na razdvajanje ovog djela na dva posebna kaznena djela pitanje je kako će se kvalificirati snimka učinjena videokamerom na kojoj su i izgovorene riječi ili su samo zvukovi?

Inkriminacijom iz članka 144. KZ štiti se samo privatnost unutar doma ili drugog prostora zaštićenog od pogleda, što nije u skladu s praksom Europskog suda za ljudska prava, koji pojam privatnog prostora veže uz pojedinca, a ne mjesta, pa i zadiranje u privatni prostor odnosno privatnost osobe koja se nalazi na javnom mjestu može predstavljati povredu članka 8. Konvencije.

U pogledu slikovnog, odnosno zvučno - slikovnog snimanja Europski sud za ljudska prava (dalje: Sud) u presudi *Peck* protiv Ujedinjenog kraljevstva (2003) je zauzeo stajalište da je reproduciranjem snimke u medijima (videokamerom, o kojem sredstvu Zakon o medijima i Ustavni sud ništa nisu rekli) koja je učinjena na javnom mjestu od strane nadzornih kamera, predstavljalo povredu članka 8. rečene Konvencije i zadiranje u privatnost osobe, iz razloga što nije tražen pristanak osobe koja se nalazila na snimkama za daljnju reprodukciju, odnosno prikazivanje većem broju ljudi, ili ukoliko je to bilo nemoguće, što nisu poduzete mjere maskiranja identiteta osobe. Prema takvom shvaćanju Suda, bilo kakvo snimanje koje predstavlja trajnu registraciju koja se kasnije može analizirati ili reproducirati, ukoliko nije snimljena uz suglasnost pojedinca, može predstavljati povredu članka 8. Konvencije, odnosno predstavlja zadiranje u privatnost pojedinca, ali je pitanje da li je takvo zadiranje na zakonu utemeljeno i opravdano. Ukoliko su oba ova uvjeta ispunjena tada zadiranje u privatnost neće predstavljati kršenje

odredbe članka 8. Konvencije.⁶⁴ U protivnom slučaju radit će se o kršenju članka 8. Konvencije, pa čak i kada je snimka snimljena na javnom mjestu. Drugačija je situacija koja se tiče javnih događaja i javnih osoba. Ukoliko neka osoba prisustvuje nekom javnom događaju smatra se da je dala suglasnost da ju se snima, jer je predvidljivo, za očekivati je, da će se takvi događaji snimati i da i ona sama može biti snimljena. Sud u pogledu rješavanja ovog pitanja uvodi element „predvidljivosti“ koji je inače jedan od bitnih elementa kada se rješava o bilo kojoj vrsti povrede odredbi Konvencije. Inače po pitanju zadiranja u privatnost Sud se vodi načelom **proporcionalnosti**, odnosno da li je zadiranje u privatnost pojedinca proporcionalno svrsi zbog koje se to zadiranje dogodilo, odnosno da li je opravdano sa strane javnog interesa, čuvanja javnog reda, mira i sigurnosti, sprječavanja poremećaja u društvu i pojave kriminala te zaštite prava drugih.⁶⁵ Što se tiče povrede prava na privatnost zajamčenog člankom 8. Konvencije u pogledu slikovne registracije, Europski sud je donio presudu u slučaju *Perry* protiv Ujedinjenog kraljevstva (2003.) kojom smatra da je čak i slikovno snimanje kamerom u policijskoj postaji, a koje se kasnije koristilo za identifikaciju odnosno prepoznavanje osobe, predstavljalo povredu rečenog članka, jer je utvrdio da država u tom predmetu nije primijenila svoje domaće pravo u pogledu nadzora odnosno prikupljanja podatka, nego je postupala suprotno propisanom pravu.⁶⁶ U presudi *Von Hannover* protiv Njemačke (2004.) sud je utvrdio povredu prava na privatnost princeze Karoline od Monaka, koju su slikali njemački paparazzi na javnom mjestu.⁶⁷

3.3. Problematika oko pojma neovlaštenosti

Pojam neovlašteno nalazi se u nazivima oba kaznena djela i u njihovim zakonskim opisima. Nejasno je međutim, da li pojam neovlašteno ulazi u biće djela ili ne? Trebalo bi poći od toga tko ima pravo dati ovlaštenje ili dopuštenje na snimanje. Da li dopuštenje dolazi od osobe koja se snima ili se ovlast temelji na odredbama zakona, primjerice Zakon o kaznenom postupku⁶⁸ (dalje: ZKP) ili Zakona o sigurnosno - obavještajnom sustavu Republike Hrvatske (dalje: ZOSS)⁶⁹. Pristanak osobe koja se snima isključuje li biće djela ili protupravnost, te da li pristanak mora biti dan izrijekom ili može i konkludentno, ili se čak može i presumirati? Važno je znati kada je osoba dala svoj pristanak i za što, odnosno za koje oblike zadiranja u sferu privatnosti te na kojim mjestima. Može li se smatrati da je osoba koja je

⁶⁴ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Peck v. The United Kingdom*, (2003.) str. 10.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 11.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Von Hannover* protiv Njemačke (2004.)

⁶⁸ Zakon o kaznenom postupku (NN 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13);

⁶⁹ Zakon o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske (NN 79/06, 105/06);

izašla na ulicu, samim time pristala na svoje snimanje (zvučno, slikovno ili jedno i drugo)? Činjenica je da se odrekla dijela svoje privatnosti i izlaskom je pristala da ju se vidi, ali ne bi se moglo niti smjelo zaključiti ništa više od toga.

Za razradu i rješavanje ove problematike, treba se poći od dvostruke funkcije pojma neovlaštenosti.⁷⁰ Neovlašteno postupanje odnosi se na način poduzimanja radnje, a u svakom slučaju podrazumijeva postupanje protivno volji snimane osobe. Međutim, može se postupati protivno volji snimane osobe - neovlašteno, a da se ne radi o ovom pojmu neovlaštenosti u funkciji kaznenog djela. Ovlaštenje na postupanje - snimanje, prisluškivanje može se temeljiti i na zakonu. Treba se razlikovati dopuštenje od ovlaštenja.⁷¹ Dopuštenje daje osoba koja se snima, odnosno osoba koja je u takvim slučajevima ovlaštena (zakonski ili ugovorno) na davanje suglasnosti odnosno pristanka⁷² (njezinog zakonskog zastupnika odnosno skrbnika), a ovlaštenje na snimanje temelji se na odredbama posebnih zakona (primjerice snimanje pod uvjetima koji su propisani prema ZKP-u ili ZOSS-u)⁷³.

U biću oba kaznena djela neovlaštenog snimanja je sadržano postupanje protivno volji osobe. U situaciji kada osoba koja se snima da dopuštenje na snimanje, tada se više ne postupa protivno volji te osobe; pa kako nema takvog postupanja protivno volji snimane osobe, nema ni povrede njezine

⁷⁰ Za više vidjeti *Schönke, A. & Schröder, H.* (2010), str. 1800, 1812.

⁷¹ Ovo razlikovanje je ideja autora.

⁷² Praksa i teorija razlikuju suglasnost od pristanka prema pravnim učincima, na način da suglasnost isključuje biće djela, a pristanak protupravnost djela. Međutim, u modernoj se teoriji napušta takvo razlikovanje upravo jer je vrlo teško razgraničiti ova dva navedena pojma, pa se priklanja stavu da se i suglasnošću i pristankom isključuje biće djela, a od čega se polazi i u ovom radu. Naime, pojmovi suglasnost i pristanak su sinonimi, pa ono što bi trebalo biti važno za razlikovanje kada je isključeno biće djela, a kada je isključena protupravnost kaznenog djela, je zaštititi kojeg pravnog dobra to kazneno djelo služi. Prema tome suglasnost/pristanak će isključivati biće djela kada je zaštićeno pravno dobro koje se štiti kaznenim djelom, privatnost. Primjerice kazneno djelo Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja. Kod nekih drugih kaznenih djela, primjerice Protupravnog oduzimanja slobode (članak 136. KZ) kod kojeg je zaštićeno pravno dobro sloboda kretanja, pristanak odnosno suglasnost isključivat će protupravnost djela.- Za više vidjeti *Novoselec, P. & Bojanić, I.* (2013), str. 206.

⁷³ U članku 33. stavku 3. ZOSS navedene su mjere tajnog prikupljanja podataka kojima se smatra tajni nadzor telekomunikacijskih usluga, djelatnosti i prometa (koje su još detaljno pobrojane u četiri točke), tajni nadzor nad poštanskim i drugim pošiljkama, tajni nadzor i tehničko snimanje unutrašnjosti objekata, zatvorenih prostora i predmeta, tajno praćenje i motrenje uz svjetlosno snimanje osoba u otvorenom prostoru i na javnim mjestima, tajno praćenje i motrenje uz zvučno snimanje sadržaja komunikacija osoba u otvorenom prostoru i na javnim mjestima i tajni otkup dokumenata i predmeta, a pretpostavke za primjenu tih mjera opisane su u članku 36. ZOSS.

privatnosti iz čega se zaključuje da nema povrede zaštićenog pravnog dobra.⁷⁴ Ako nema postupanja protiv volje osobe i nema povrede zaštićenog pravnog dobra (privatnosti), nema niti bića kaznenog djela. Dopuštenje bi isključivalo biće djela. Da bi dopuštenje (suglasnost odnosno pristanak) osobe koja se snima proizvodio pravne učinke, mora se odnositi na buduće činjenje, mora se očitovati na van, osoba mora biti svjesna njegova značenja i sposobna da donese takvu odluku te pristanak ne smije biti dan u zabludi ili pod prisilom i ne smije biti opozvan prije dovršenja djela.⁷⁵ Iz rečenog proizlazi da pristanak djece ne može imati pravni učinak pa bi se takvo snimanje smatralo neovlaštenim, a isti učinak bi imalo i snimanje osoba sa duševnim smetnjama.

Snimanje može biti učinjeno i protivno volji osobe, a da se ipak ne radi o ovim kaznenim djelima, jer se snimanje temelji na zakonskoj ovlasti, primjerice odredbama članka 332. ZKP, odnosno članka 33. ZOSS. U takvim slučajevima obilježja bića djela bila bi ostvarena (postupalo bi se protivno volji osobe, došlo bi do povrede pravnog dobra - privatnosti te osobe), ali bi bila isključena protupravnost djela, jer odredbe navedenih ili drugih zakona predstavljaju razlog isključenja protupravnosti, odnosno djelo nije društveno štetno. Ovlaštenje (temeljeno na zakonu) isključuje protupravnost.

Izigravanje odredbi posebnih zakona u kojima su navedeni uvjeti za snimanje i prisluškivanje od strane službenih osoba, vodilo bi počinjenju ovih kaznenih djela.

Način i sadržaj dopuštenja, ali i sadržaj učinjene snimke su od velike važnosti ne samo za postojanje kaznenih djela neovlaštenog snimanja, već za pitanje odgovornosti za štetu prema propisima građanskog prava. Zakonom o medijima, člankom 21., propisana je odgovornost nakladnika za štetu. Oslobođenje nakladnika od odgovornosti za štetu regulirano je u stavku 4. *„ako je informacija kojom je šteta učinjena fotografija oštećenika snimljena na javnome mjestu ili fotografija oštećenika snimljena uz njegovo znanje i pristanak radi objavljivanja, a oštećenik nije zabranio objavljivanje, odnosno ograničio pravo autora fotografije na iskorištavanje djela“*. Iz citirane odredbe vidljivo je da je jedan od ekskulpacijskih razloga i činjenica da je fotografija snimljena na javnom mjestu. Prema subjektivnoj teoriji tumačenja (volje zakonodavca) odredbom članka 21. stavka 4. alineje 4. ZM, kojom je predviđen navedeni ekskulpacijski razlog željelo se napraviti jasnu razliku između fotografija koje su snimljene na javnim mjestima te prema čijem

⁷⁴ Novoselec, P. & Bojanić, I. (2013), str. 206.

⁷⁵ Novoselec, P. & Bojanić, I. (2013), str. 209.

mišljenju se za objavljivanje takvih fotografija ne treba tražiti pristanak, od fotografija koje su snimljene na nejavnim mjestima ili privatnim fotografijama za čiju objavu je potreban prethodni pristanak i odobrenje fotografirane osobe.⁷⁶ Polazi se od pretpostavke da svatko tko se nađe ili obitava na javnim mjestima (javna plaža, stadion, kazalište, park) gubi pravo na jedan dio svoje privatnosti koju inače ima u svojem domu, jer se izlaskom na javno mjesto iste dobrovoljno odrekao te je za predvidjeti da boravkom na takvim mjestima može biti fotografiran, a fotografija potom objavljena u medijima i bez njegovog izričitog pristanka.⁷⁷ Sličan stav je zauzeo i Ustavni sud u jednoj svojoj odluci (US RH, U-III/4365/2005) kojom je izrazio pravno stajalište da se fotografije snimljene na javnim mjestima mogu slobodno objavljivati.⁷⁸

Drugačija je praksa Europskog suda za ljudska prava, prema kojoj i javna osoba koja je snimljena na javnom mjestu ima pravo na zaštitu privatnosti i tako učinjena snimka može predstavljati povredu članka 8. Konvencije, ukoliko nije snimljena u općem/javnom interesu, već samo u svrhu zabavljanja čitatelja.⁷⁹

Međutim, navedeni ekskulpacijski razlog prema pravilima građanskog prava ne može se automatski smatrati razlogom isključenja protupravnosti prema pravilima kaznenog prava, polazeći od ideje da cijeli pravni poredak čini jedinstvenu cjelinu, a to iz sljedećih razloga. Prvi razlog je taj, što navedeni ekskulpacijski razlog i Zakon o medijima služe regulaciji i zaštiti slobode izražavanja kao jednoj od temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom, Konvencijom i gore spomenutim međunarodnim dokumentima, a slobodom izražavanja se smatra i objavljivanje fotografija (slika govori tisuću riječi).⁸⁰ Vrlo često sloboda izražavanja je u koliziji s pravom na privatnost, pa se u svakom pojedinom slučaju treba odvagnuti koje pravo ima pretežniji interes. Europski sud za ljudska prava je u predmetu *Von Hannover* protiv Njemačke (br.2 2012.) postavio nekoliko kriterija za odlučivanje kojem od ovih prava pružiti prednost u svakom konkretnom slučaju, naročito u pogledu kada se radi o javnim osobama.⁸¹ Drugi razlog je, što Zakon o medijima regulira

⁷⁶ Jelusić, D. (2008), str.80.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Za više vidjeti ili odluku Ustavnog suda US RH, U-III/4365/2005 ili Jelusić, D. (2008), str. 81.

⁷⁹ Za više vidjeti presudu Europskoga suda za ljudska prava *Von Hannover* protiv Njemačke (br.2) (2012.)

⁸⁰ Ibid., str. 21.

⁸¹ Prvi je doprinos snimaka raspravi o općem/javnom interesu kojeg smatra prvim i vrlo važnim kriterijem, a kojeg treba spoznati iz okolnosti slučaja. Drugi je, koliko je osoba poznata i što je sadržaj snimke odnosno koja je uloga ili funkcija osobe u društvu i koja je

građansko-pravne odnose koji ulaze u privatno pravo, dok se Kaznenim zakonom regulira kazneno pravo koje je „skup pravnih normi koje određuju sadržaj i opseg države na kažnjavanje“. ⁸² Ono je javno pravo koje se temelji na „podvrgavanju pojedinca državnoj vlasti“ i mora omogućiti funkcioniranje „zajedničkog života pojedinaca u društvu“ štiteći naročito vrijedna pravna dobra koja vrlo često jesu u koliziji. ⁸³ Vidljivo je da su norme građanskog i kaznenog prava norme različite pravne prirode i pravne snage te domašaja, pa se ne može automatski bez posebne ocjene u svakom konkretnom slučaju smatrati da ono što je dopušteno u jednoj grani prava, je dopušteno i u drugoj. Ponovno se ističe da je u kaznenim djelima neovlaštenog snimanja zaštićeno pravno dobro pravo na privatnost, stoga ekskulpacijski razlog iz građanskog prava da je fotografija snimljena na javnom mjestu, a koji se odnosi na drugo zaštićeno pravno dobro (slobodu izražavanja) od ovdje rečenog, ne može se smatrati razlogom isključenja protupravnosti za navedeno kazneno djelo.

Što se smatra javnim mjestom posebno je pitanje, na koje nije pružen odgovor niti u Zakonu o medijima, niti u Kaznenom zakonu, a prema mišljenju *Jelušića* javnim mjestom bi se trebalo smatrati sva ona mjesta na kojima nesmetano, dragovoljno, slobodno i uz poštivanje određenih uvjeta može pristupiti svatko tko to želi, pa bi se primjerice javnim mjestima smatrale ulice, trgovi, parkovi, javne plaže, stadioni, kina, restorani i dr. ⁸⁴ *Argumentum a contrario* nejavnim mjestima bi se trebalo smatrati sva mjesta za pristup kojima je potrebno prethodno ishoditi nečije odobrenje ili pristanak: dom, privatne plaže, uredi i sl. ⁸⁵ Moguće je također da dio nekog objekta bude javno, a dio nejavno mjesto, primjerice banke. ⁸⁶ Zakonodavac je za potrebe kaznenog djela Neovlaštenog slikovnog snimanja (članak 144. KZ) odredio da se nejavnim mjestom ima smatrati stan ili drugi prostor zaštićen od pogleda.

bila priroda aktivnosti koje su na snimkama. Treći kriterij je prijašnje ponašanje osobe koja je u pitanju odnosno njezin odnos s medijima. Međutim, sama činjenica da je snimljena osoba surađivala s medijima i prije, ne može služiti kao argument za gubitak svih prava na zaštitu u pogledu objavljivanja fotografija, a prema četvrtom kriteriju moraju se cijeniti sadržaj, način i posljedice objavljivanja. - Presuda Europskog suda za ljudska prava *Von Hannover* protiv Njemačke (br.2) (2012.), str. 23.

⁸² *Novoselec, P.* (2009), str.1.

⁸³ *Ibid*, str. 5.

⁸⁴ *Jelušić, D.* (2008), str. 79.

⁸⁵ *Ibid*.

⁸⁶ Mjesto čekaonice i ispred pulta bilo bi javno mjesto, a prostor iza pulta i druge prostorije u banci smatrat će se nejavnim mjestima, a što je često i obilježeno natpisima „zabranjen ulaz“ i sl., ali takvi natpisi nisu potrebni kako bi se dalo do znanja da se radi o nejavnom mjestu.

Posebna je problematika u vezi nadzornih kamera u radnim prostorijama i uredima, za koja se načelno može zaključiti da je takvo snimanje dopušteno ukoliko je u skladu s odredbama članka 16. stavka 1. Ustava RH te članka 8. stavka 2. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, odnosno ukoliko je takvo snimanje tj. ograničavanje prava na privatnost radnika opravdano radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi, pravnog poretka, javnog morala i zdravlja, a što će se morati utvrđivati u svakom pojedinačnom slučaju.⁸⁷ Prema odredbama Konvencije svaka država ima negativnu obvezu – suzdržati se od miješanja u privatnost pojedinca ukoliko to nije nužno i razmjerno legitimnom cilju (ako nije u skladu sa člankom 8. stavkom 2.) te pozitivnu obvezu, osiguravanja zaštite privatnosti pojedinca propisivanjem posebnih mjera i donošenjem propisa i zakona kojima bi se spriječilo zadiranje u privatnost pojedinca od strane drugih.⁸⁸ I u pogledu pozitivnih obveza i u pogledu negativnih obveza, odlučna je ravnoteža koja se mora postići između suprotstavljenih interesa pojedinca i zajednice odnosno općeg interesa društva.⁸⁹ U presudi *Von Hannover* protiv Njemačke (br.2.) rečeno je da se članak 8. stavak 2. odnosi ne samo na zaštitu prava pojedinaca od zadiranja javnih vlasti, već i od zadiranja drugih privatnih osoba ili institucija, uključujući i medije.⁹⁰

Je li opravdano smatrati da osoba koja se našla na javnom mjestu, je ujedno i pristala, dopustila da bude fotografirana te njezina slika potom objavljena u medijima? Na ovo pitanje ne može se sa sigurnošću pružiti odgovor, ali načelno bi se trebalo smatrati upravo suprotno, odnosno da je potrebno tražiti i to izričito dopuštenje osobe na snimanje bez obzira radi li se o javnom ili nejavnom mjestu. Riječ dopuštenje sadrži u sebi značenje, da osoba daje neko pravo ili dio prava koje ima nekom drugom, nešto mu dopušta činiti. Dopuštenje na snimanje treba se tražiti, ne može se podrazumijevati niti presumirati.

Za bilo kakvo daljnje postupanje s navedenom snimkom, primjerice daljnju objavu fotografije, trebalo bi se ponovno tražiti dopuštenje te osobe ukoliko se želi da identitet osobe (lice bude vidljivo) ostane poznat ili da se, ako se ne može doći do osobe na snimci kako bi dala svoj pristanak, zamaskira njezin identitet. Drugim riječima, prvotno dano dopuštenje na snimanje ne ovlašćuje druge da tu snimku objavljuju, izlažu ili s njom postupanju na neki drugi

⁸⁷ Za više vidjeti *Vugić, M.* (2008), str. 50 te *Bodiroga Vukobrat, N. & Martinović, A.* (2009).

⁸⁸ Presuda Europskog suda za ljudska prava *White* protiv Švedske (2006.), str. 6. i Presuda Europskog suda za ljudska prava *Von Hannover* protiv Njemačke (2004.), str.15., par. 57.

⁸⁹ Presuda Europskog suda za ljudska prava *White* protiv Švedske (2006.), str.6.

⁹⁰ Presuda Europskog suda za ljudska prava *Von Hannover* protiv Njemačke (br.2) (2012.), str. 13.

način, osim ako prilikom traženja pristanka na snimanje nisu odmah obavijestili osobu o svojim daljnjim namjerama. U pogledu skupnih fotografija i snimki kod kojih se osobe mogu raspoznati (čak i u slučajevima kada se ne bi mogle raspoznati na očigled, ali bi detaljnijom analizom, primjerice sitne fotografije ili su sitne osobe na njima ili su snimane s leđa i sl.) trebalo bi se ishoditi dopuštenje osoba. U suprotnim slučajevima u kojima nije moguće raspoznati identitet osoba, ne bi se trebalo pribaviti dopuštenje.

Svako snimanje bez dopuštenja predstavlja zadiranje u pravo na privatnost. Pitanje je opsega zadiranja u navedenu sferu, za što bi bio relevantan sadržaj snimke i mjesto gdje je snimka učinjena. Naravno da nepravo neće biti jednako kada je snimka učinjena na javnom i kada je učinjena na nejavnom mjestu, ali bi se to pitanje trebalo razmatrati prilikom odmjeravanja kazne, a ne bi trebalo biti od važnosti za postojanje djela.

Činjenica je da se svaka osoba izlaskom na javno mjesto odriče dijela privatnosti, odnosno opravdano je za pretpostaviti i očekivati da će biti viđena od drugih, ali nije opravdano očekivati da će biti i snimljena. U takvim slučajevima ne može se govoriti o konkludentnom ili presumiranom dopuštenju. Drugim riječima, iako se osoba koja je izašla na javno mjesto odrekla jednog dijela svoje privatnosti, nije samim time dopustila da bude snimljena, pa je za svako snimanje neke osobe potrebno tražiti dopuštenje na snimanje i to izrijekom. Svaka osoba ima pravo odlučiti hoće li ili neće biti snimljena, bez obzira gdje se nalazi. Naročito u pogledu želi li da se snimljena fotografija objavi u medijima, na nekoj izložbi ili negdje drugdje. Za svako daljnje postupanje s učinjenom snimkom potrebno je ishoditi dopuštenje snimane osobe ili (zakonsko) ovlaštenje.

Snimanje može biti neovlašteno, a da se ipak neće raditi o jednom od ova dva kaznena djela neovlaštenog snimanja. Da bi se radilo o kaznenom djelu ili Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja ili Neovlaštenog slikovnog snimanja, moraju biti ispunjena i sva ostala obilježja ovih kaznenih djela. Novom regulacijom Neovlaštenog slikovnog snimanja (članak 144. KZ), zakonodavac je pošao od stajališta da slikovna snimka koja je učinjena na javnom mjestu ne predstavlja to kazneno djelo, čime je zonu kažnjivosti u odnosu na uređenje prema prijašnjem Kaznenom zakonu (KZ97), znatno suzio. Ovakvom regulacijom znatno je sužena i zaštita prava na privatnost kako je jamči članak 8. Konvencije i praksa Europskog suda za ljudska prava koja je oživotvorila značenje članka 8. Navedenim člankom jamči se zaštita privatnosti pojedinca, bez obzira gdje se on nalazio i to od svih vrsta zadiranja u sve sfere njegove privatnosti.

3.4. Mogućnost konstrukcije stjecaža kaznenih djela Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja te Neovlaštenog slikovnog snimanja sa kaznenim djelom Zlouporebe položaja i ovlasti

U situaciji u kojoj je počinitelj jednog od ova dva kaznena djela službena osoba, može li se tu osobu istovremeno teretiti i za kazneno djelo Zlouporebe položaja i ovlasti iz članka 291. KZ? Kaznena djela Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja (članak 143. KZ) te Neovlaštenog slikovnog snimanja (članak 144. KZ) su kaznena djela protiv privatnosti te služe zaštiti privatne sfere pojedinca. Kazneno djelo Zlouporebe položaja i ovlasti (članak 291. KZ) je kazneno djelo protiv službene dužnosti koje štiti integritet službe i ispunjavanje dužnosti vezanih za službu odnosno javne ovlasti. Definicija službene osobe nalazi se u članku 87. stavku 3. KZ.⁹¹ Shodno tome, službena osoba koja ostvari obilježja jednog od kaznenih djela neovlaštenog snimanja i Zlouporebe položaja i ovlasti iz članka 291. KZ, može se teretiti i za kazneno djelo protiv privatnosti Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje (ili Neovlašteno slikovno snimanje) i za kazneno djelo Zlouporebe položaja i ovlasti, pa bi postojao stjecaž tih djela. Riječ je o pravom ili realnom stjecažu.

3.5. Komparativan prikaz uređenja neovlaštenog snimanja u Njemačkom i Švicarskom kaznenom zakonodavstvu

U ovom poglavlju prikazat će se uređenja neovlaštenog snimanja (i prisluškivanja) u kaznenim zakonodavstvima Republike Njemačke te Švicarske konfederacije. Za prikaz inkriminacija u Njemačkom kaznenom zakonodavstvu odlučilo se jer je upravo prema tim inkriminacijama izmijenjena inkriminacija Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja u hrvatskom kaznenom pravu. Kazneno djelo Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja razdvojilo se na dva kaznena djela koja su regulirana posebnim člancima. Drugačije su se normirala od dotadašnjeg uređenja, a sve po uzoru na inkriminacije u njemačkom Kaznenom zakonu.⁹² Za prikaz inkriminacija u Švicarskom kaznenom zakonu odlučilo se, jer se željelo vidjeti kakva je regulacija kaznenih djela protiv privatnosti počinjenih zvučnim odnosno slikovnim snimanjem i prisluškivanjem te u kojoj mjeri te inkriminacije odgovaraju inkriminacijama u hrvatskom Kaznenom zakonu.

⁹¹ Članak 87. stavak 3. KZ „Službena osoba je državni dužnosnik ili službenik, dužnosnik ili službenik u jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave, nositelj pravosudne dužnosti, sudac porotnik, član Državnog sudbenog vijeća ili Državnoodvjetničkog vijeća, arbitar i javni bilježnik. Službenom osobom smatra se i osoba koja u Europskoj uniji, stranoj državi, međunarodnoj organizaciji koje je Republika Hrvatska član, međunarodnom sudu ili arbitraži čiju sudbenost Republika Hrvatska prihvaća, obavlja dužnosti povjerene osobama iz prethodne rečenice“.

⁹² Za više vidjeti *Obrazloženje 2011.- supra 36.*

3.5.1. Kaznena djela povrede privatnosti učinjena kao rezultat zvučnog i slikovnog snimanja i prisluškivanja u Republici Njemačkoj

U Republici Njemačkoj su inkriminirana dva kaznena djela protiv privatnosti učinjena zvučnim i slikovnim snimanjem. Smještena su u petnaesto poglavlje u kaznena djela povrede privatnosti i tajnosti. Riječ je o sljedećim kaznenim djelima: kazneno djelo Povrede privatnosti (izgovorene) riječi (članak 210. StGB)⁹³ te Povrede privatnosti snimanjem fotografija (članak 201a. StGB).

Radnje počinjenja kod kaznenog djela Povrede privatnosti su gotovo identične, radnjama počinjenja kod kaznenog djela Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja iz članka 143. KZ. Kazneno djelo iz članka 201. StGB čini osoba koja neovlašteno „snimi nejavno izgovorene riječi drugog“ ili „upotrijebi ili učini dostupnom tako učinjenu snimku trećoj osobi“ (stavak 1.). Osoba koja prisluškuje - snima sredstvima za prisluškivanje nejavno izgovorene riječi drugog koje nisu namijenjene njoj također čini ovo kazneno djelo (stavak 2. točka 1.). Predviđen je razlog isključenja protupravnosti ukoliko je snimanje učinjeno putem javnih komunikacija, kada je snimljena nejavno izgovorena riječ drugoga ili je učinjeno prisluškivanje, ako je to učinjeno radi zaštite javnog interesa (stavak 2. točka 2.). Kazneno djelo Povrede privatnosti riječi može počinuti bilo tko, a ukoliko ga počini javni službenik ili osoba kojoj je povjereno obavljanje javne službe, predstavljat će kvalificirani oblik djela. Izrijekom je propisano kažnjavanje za pokušaj (stavak 4.), te je predviđeno oduzimanje predmeta kojima je djelo počinjeno (sredstva kojima je snimana/prisluškivana osoba), kao i onih predmeta koji su produkt kaznenog djela (mediji na kojima se nalazi sadržaj snimanja). Za kazneno djelo iz članka 201. StGB, Povrede privatnosti riječi, predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a za kvalificirani oblik djela (kada je počinitelj javni službenik) je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina.

Kazneno djelo Povrede privatnosti snimanjem fotografija regulirano je člankom 201. a. StGB.⁹⁴ Počinitelj kaznenog djela je osoba koja neovlašteno „snimi ili proslijedi sliku druge osobe koja se nalazi u stanu ili prostoru posebno zaštićenom od pogleda te time naruši privatnost te osobe“, ali i osoba koja „učini dostupnom tako učinjenu snimku trećoj osobi“. Vidi se da je ova inkriminacija vrlo slična inkriminaciji Neovlaštenog slikovnog snimanja iz članka 144. KZ. Počinitelj djela iz članka 201a StGB je i osoba koja je snimila „fotografiju u stanu ili drugom prostoru zaštićenom od pogleda uz dopuštenje osobe koja se snima, ali je tu snimku namjerno učinila

⁹³ Schönke, A. & Schröder, H. (2010), str. 1797.

⁹⁴ Schönke, A. & Schröder, H. (2010), str. 1808.

dostupnom trećima, te time povrijedila privatnost snimane osobe. Za sve oblike djela je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine.

Nije predviđeno kažnjavanje za pokušaj, a nema niti kvalificiranog oblika djela, kada bi djelo činila službena osoba, odnosno javni službenik. Nema razloga isključenja protupravnosti, ali kao i za kazneno djelo iz članka 201. StGB, predviđeno je oduzimanje snimki i naprava kojima je učinjeno snimanje.

3.5.2. Kaznena djela povrede privatnosti učinjena kao rezultat zvučnog i slikovnog snimanja i prisluškivanja u Švicarskoj konfederaciji

U Švicarskoj postoji više kaznenih djela protiv privatnosti koja su učinjena zvučnim ili slikovnim snimanjem. Nalaze se u Kaznenom zakonu Švicarske konfederacije (Schweizerisches Strafgesetzbuch, dalje u tekstu: Sch StGB), u trećem dijelu naziva Kaznena djela protiv časti i povrede tajnosti ili privatnosti. To su sljedeća kaznena djela: Prisluškivanje i snimanje razgovora drugih osoba (članak 179.bis Sch StGB), Neovlašteno snimanje razgovora (članak 179. ter Sch StGB), Povreda tajnosti ili privatnosti napravama za slikovno snimanje (članak 179. quater Sch StGB), Ponuda i prodaja sredstava za neovlašteno slikovno ili zvučno snimanje i prisluškivanje (članak 179. sexes Sch StGB)⁹⁵, Zloupotreba telekomunikacijskih instalacija (članak 179. septies Sch StGB) te Korištenje osobnih podataka bez dopuštenja (članak 179. novies Sch StGB). Predviđena su dva razloga isključenja protupravnosti. Prvi je snimanje telefonskih razgovora od sudionika u razgovoru kod poziva hitnim službama te službama spašavanja ili sigurnosti i snimanje telefonskih razgovora od strane osoba koje moraju snimati razgovore s klijentima u tijeku poslovanja (članak 179. quinquies Sch StGB).⁹⁶ Drugi je razlog isključenja protupravnosti poduzimanje radnji prilikom službenog nadziranja (članak 179. octies Sch StGB).

Kazneno djelo Prisluškivanja i snimanja razgovora drugih osoba (članak 179. bis. Sch StGB)⁹⁷ čini osoba koja prisluškuje sredstvima za prisluškivanje privatni razgovor drugih osoba (u kojem ona nije sugovornik) bez njihovog pristanka ili snimi takav razgovor na medij (stavak 1.). Počinitelj je i osoba koja koristi tako dobivenu informaciju, ako je znala ili morala znati da je informacija dobivena kaznenim djelom iz stavka 1., odnosno nelegalnim načinom (stavak 2.), ali i osoba koja učini dostupnom tako dobivenu informaciju trećoj osobi (stavak 2.). Osoba koja pohranjuje ili čini dostupnom snimku za koju zna ili može pretpostaviti da je dobivena kaznenim djelom iz

⁹⁵ *Swiss Criminal Code, version 311.0*, važeći na dan 1.7.2013.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

stavka 1. je također počinitelj kaznenog djela Prisluškivanja i snimanja razgovora drugih osoba (stavak 3.). Predviđena kazna za sve oblike ovog kaznenog djela je novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine. U stavku 2. je predviđeno kažnjavanje i za neizravnu namjeru, a stavkom 3. je čak predviđena odgovornost i za nehaj u odnosu na način dobivanja snimke.

Razlika između kaznenog djela Prisluškivanja i snimanja razgovora drugih osoba (članak 179. bis Sch StGB) te kaznenog djela Neovlaštenog snimanja razgovora (članak 179. ter Sch StGB),⁹⁸ jest što se potonjim snima vlastiti privatni razgovor u kojem je snimatelj sugovornik, ali ga snima neovlašteno (bez dopuštenja drugih sugovornika). Počinitelj Neovlaštenog snimanja razgovora je bilo koja osoba koja kao sugovornik snima razgovor bez dopuštenja ostalih (stavak 1. članka 179. ter Sch StGB), ali i svaka ona osoba koja pohranjuje ili upotrebljava tako dobivenu snimku (stavak 2. članka 179. ter Sch StGB). Počinitelj je i ona osoba koja takvu snimku ili njezin sadržaj učini dostupnom trećim osobama, ako je znala ili mogla pretpostaviti da je snimka nastala kaznenim djelom iz stavka 1., neovlaštenim snimanjem razgovora sugovornika (stavak 2. članka 179. ter Sch StGB). Moglo bi se zaključiti da je ovim člankom predviđeno kažnjavanje i za nehaj (počinitelj je osoba koja je mogla pretpostaviti da je snimka dobivena nelegalnim načinom). Propisana kazna za sve oblike djela iz članka 179. ter Sch StGB, je novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine.

Počinitelj je osoba koja snima razgovor u kojem sudjeluje ukoliko nema dopuštenja na snimanje drugih sugovornika. Prema hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, osoba koja snima takav razgovor (u kojem je sudionik), isto se smatra počiniteljem kaznenog djela (Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja), samo ta situacija nije regulirana posebnim kaznenim djelom već potpada pod stavak 1. članka 143. KZ.

Kazneno djelo Povrede tajnosti ili privatnosti napravama za slikovno snimanje regulirano je člankom 179. quater Sch StGB.⁹⁹ Počinitelj je osoba koja promatra s napravama za snimanje ili koja snima napravama za slikovno snimanje informacije iz tajne domene drugog ili informacije iz privatne domene druge osobe koje nisu direktno dostupne (stavak 1.). Osoba koja upotrijebi odnosno iskoristi tako dobivenu informaciju ili tako dobivenu informaciju učini dostupnom trećima, ako zna ili je mogla pretpostaviti da je informacija dobivena kaznenim djelom iz stavka 1., također je počinitelj ovog kaznenog djela (stavak 2.). Svatko tko pohrani ili dopusti trećim osobama pristup snimki za koju zna ili je mogao pretpostaviti da je rezultat

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

kaznenog djela iz stavka 1., je isto počinitelj kaznenog djela Povrede tajnosti ili privatnosti napravama za slikovno snimanje (stavak 3.). Počinitelj se može kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.

Kazneni zakon Švicarske detaljnije razrađuje kaznena djela protiv privatnosti u odnosu na hrvatski Kazneni zakon. Kaznenih djela ima više, a njima su inkriminirana razna ponašanja. Inkriminirana je čak i izrada, nabavljanje i prodaja sredstava za protuzakonito odnosno neovlašteno snimanje i prisluškivanje. Zapriječene kazne (maksimalno do tri godine zatvora) su vrlo slične propisanim kaznama u hrvatskom pravu (maksimalno do tri odnosno do pet godina zatvora ukoliko je počinitelj službena osoba). Počinitelj opisanih kaznenih djela u švicarskom kaznenom pravu može biti bilo koja osoba koja ostvari radnje opisane u navedenim kaznenim djelima. Švicarskim kaznenim zakonom nije predviđeno strože kažnjavanje za počinitelja koji je službena osoba ili javni službenik u obavljanju službe ili javne ovlasti, iz čega proizlazi da se ne radi razlika (i kvalifikacija djela) u odnosu na svojstva počinitelja kaznenih djela, već na radnje kojima se ostvaruju obilježja određenog kaznenog djela.

4. UREĐENJE NEOVLAŠTENOG SNIMANJA I PRISLUŠKIVANJA U KAZNENOM ZAKONU IZ 1997. GODINE

Kazneno djelo Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja, koje je bilo uređeno ranijim Kaznenim zakonom (KZ97), obuhvaćalo je navođenje radnji i sredstava počinjenja. Neovlašteno snimanje i prisluškivanje moglo se počiniti snimanjem druge osobe filmski, televizijski, videokamerom ili fotoaparatom, prisluškivanjem razgovora ili izjave koji toj osobi nisu namijenjeni posebnim napravama, snimanjem razgovora ili izjave koji toj osobi nisu namijenjeni ili omogućavanjem nepozvanoj osobi (nekoj trećoj osobi koja nije bila sudionik razgovora) da se upozna s razgovorom ili izjavom koja je neovlašteno snimana ili prisluškivana. Objekt radnje je bio čovjek te njegova slika, lik i izgovorena riječ. Počinitelj je bila osoba koja vizualno i audiovizualno (filmski, televizijski, videokamerom ili fotoaparatom) snimi drugog neovlašteno i kriomice, što mora biti učinjeno kumulativno (moraju biti ispunjena oba uvjeta, odnosno snimanje mora biti izvršeno i neovlašteno i kriomice; stavak 1.), ali i osoba koja snima samo zvučno u vidu neovlaštenog prisluškivanja ili snimanja razgovora ili izjave koji joj nisu namijenjeni (stavak 2). Svaka ona osoba koja je omogućila nepozvanoj osobi da se upozna s razgovorom ili izjavom koja je neovlašteno snimljena ili prisluškivana, je također bila počinitelj ovog kaznenog djela (stavak 2.).

Za postojanje kaznenog djela iz stavka 2. bilo je potrebno da zvučna registracija bude izvršena samo neovlašteno. Za ovaj oblik nije se tražilo da snimanje bude učinjeno i kriomice, što je ukazivalo na to da je zona inkriminiranja bila šira u odnosu na stavak 1., te da je ovo teži oblik djela, bez obzira na predviđenu kaznu koja je ista za stavak 1. i 2. Počinitelj je bio i službena osoba koja je ostvarila protupravno ponašanje iz stavaka 1. i 2. ovog članka tijekom obavljanja službe ili javne ovlasti. Svojstvo osobe i način izvršavanja radnje (tijekom obavljanja službe ili javne ovlasti) morali su biti ispunjeni kumulativno, predstavljali su kvalifikatorne okolnosti koje su djelo činile težim (stavak 3.). Službena osoba koja je bila učinila zabranjene radnje iz stavka 1. ili 2. izvan obavljanja službe ili javne ovlasti, ne bi bila odgovorna prema stavku 3. (kvalificirani oblik djela), već bi bila odgovorna prema stavku 1. odnosno stavku 2., ovisno o tome da li se radilo o slikovnom, zvučno - slikovnom snimanju ili zvučnom snimanju. Kod kaznenog djela Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja pojmovi „neovlaštenost“ i „kriomice“ su bili obilježja bića djela i morali su biti obuhvaćeni krivnjom počinitelja koja je obuhvaćala i svijest da se snimanje vrši neovlašteno i kriomice. Djelo se moglo počiniti samo s namjerom, izravnom ili neizravnom, a „za postojanje djela bilo je nebitno da li je počinitelj bio svjestan njegovog miješanja u osobni život druge osobe“.¹⁰⁰ Za razliku od nekih drugih kaznenih djela kod koji se pojam „neovlaštenost“ nalazi u zakonskom opisu djela, ali ne ulazi u biće djela, već ostaje izvan njega, primjerice kod kaznenog djela Narušavanja nepovredivosti doma iz članka 122. KZ ili Protupravnog oduzimanja slobode članak 124. KZ, u kojem slučaju je zakonski opis djela širi od bića tog kaznenog djela, kod kaznenog djela Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja to nije bio slučaj.¹⁰¹ Neovlaštenost se trebala smatrati bićem djela iz sljedećih razloga: ovim se djelom štitila privatnost osobe koja se (neovlašteno) snima odnosno sloboda raspolaganja voljom. Štitila se u prvom redu volja osobe. Njime se inkriminiralo postupanje protivno volji snimane osobe. U trenutku u kojem je osoba bila dala dopuštenje na snimanje, isključivala se povreda pravnog dobra-privatnosti, a time i bića kaznenog djela, jer se više nije postupalo protivno volji te osobe - neovlašteno.

4.5. Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje

Člankom 131. stavkom 2. KZ97, bilo je regulirano zvučno snimanje i prisluškivanje kojim se štitila „tajnost osobnog i obiteljskog života kroz nepovredivost čovjeka na slobodno općenje s drugima putem razgovora i izjava.“¹⁰² Ovim stavkom su bila inkriminirana dva oblika djela. Prvi je bio

¹⁰⁰ Bačić, F. & Pavlović, Š. (2004), str. 546.

¹⁰¹ Novoselec, P. & Bojanić, I. (2013), str. 206.

¹⁰² *Supra* 100.

snimanje razgovora ili izjave koji nisu bili namijenjeni osobi koja snima i to posebnim napravama, a drugi je bio omogućavanje nekoj trećoj osobi da se upozna s tako snimljenim razgovorom ili izjavom. Obilježje bića djela je bilo da se snima razgovor ili izjava koja nije bila namijenjena osobi koja snima.

Prvi oblik djela iz stavka 2. obuhvaćao je situacije kada netko prisluškuje tuđi razgovor posebnim napravama ili takav razgovor snimi te situaciju snimanja ili prisluškivanja danih izjava. Što se smatralo tuđim razgovorom? Pod tuđim razgovorom se podrazumijevao razgovor u kojem ne sudjeluje osoba koja snima, ona nije bila sudionik tog razgovora. Drugačija je situacija s izjavom. Izjavu je davala jedna osoba. Nema razgovora, pa samim time nema niti sudionika. Razlika je radi li se o izjavi koja je upućena jednoj osobi ili širem broju ljudi, primjerice predavanja ili javni govori. Osoba koja je snimala izjavu koja joj je namijenjena, bez obzira gdje ju je snimala na javnim ili nejavnim mjestima, nije bila počinitelj ovog oblika kaznenog djela neovlaštenog snimanja i prisluškivanja. Čak i kada je ta osoba to činila neovlašteno (bez dopuštenja ili ovlaštenja), nije činila to kazneno djelo, jer je za počinjenje djela bilo potrebno da su ispunjena sva njegova obilježja, odnosno da izjava nije bila namijenjena osobi koja ju je snimala.

Drugi oblik djela iz stavka 2. podrazumijevalo je omogućavanje trećoj osobi da se upozna s razgovorom ili izjavom. Sadržaj razgovora ili izjave nije bio namijenjen niti onome tko prenosi niti osobi kojoj se prenosilo. Prema *Bačiću* i *Pavloviću* postojao je i treći oblik djela, a to je bilo prisluškivanje i snimanje tuđih poruka u računalnom sustavu.¹⁰³ Sredstva počinjenja djela su bile posebne (tehničke) naprave. To su bile „naprave koje omogućuju bolju čujnost razgovora koji se vodi na prostornoj udaljenosti od osobe koja sluša ili naprave kojima se taj razgovor snima kako bi se kasnije mogao reproducirati.“¹⁰⁴

Počinitelj je bila osoba koja je postupala neovlašteno i koja je bila ostvarila sva obilježja jednog od oblika kaznenog djela koje je bilo inkriminirano u stavku 2. Djelo je bilo namjerno, a namjera je trebala obuhvaćati svijest o neovlaštenosti snimanja ili prisluškivanja razgovora ili izjave koji nisu bili namijenjeni osobi koja je snimala. U situaciji kada se treća osoba upoznava sa sadržajem razgovora ili izjave koja je bila dobivena neovlaštenim snimanjem ili prisluškivanjem, namjera je trebala obuhvaćati svijest o prenošenju tako snimljene izjave ili razgovora nepozvanoj trećoj osobi. Kod

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Pavišić, B. & Grozdanić, V. & Veić, P. (2007), str. 369.*

oba oblika djela iz stavka 2. nije se tražilo da je počinitelj postupao i kriomice.

4.6. Neovlašteno slikovno snimanje

Kazneno djelo opisano u stavku 1. članka 131. KZ97 činila je bilo koja osoba, koja je snimila drugoga neovlašteno i kriomice i to filmski, televizijski, videokamerom ili fotoaparatom.

Prema praksi Vrhovnog suda Republike Hrvatske (KŽ 1092/06-3) osoba koja je snimila samu sebe nije imala pravo na zaštitu privatnosti primjenom predmetnog članka, jer je istim zaštićeno pravo na privatnost od zadiranja drugih pojedinaca, pravnih osoba ili vlasti u to pravo, a nije zaštićeno pravo na privatnost od snimanja koje je učinila snimljena osoba svjesno ili nesvjesno. Smatralo se da osoba ne može sama zadirati u svoju privatnost. Zanimljivo je da je daljnja upotreba tako učinjenih snimki predstavljala zadiranje u pravo na privatnost te osobe (ako osoba nije pristala na upotrebu tih snimki). Samim time nije bilo počinjeno i kazneno djelo Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja, jer je bilo potrebno da se uz neovlaštenost ispune i sva druga obilježja kaznenog djela iz stavka 1. odnosno 2.

Stavkom 1. je bilo regulirano slikovno ili istovremeno slikovno i zvučno snimanje. U biću djela bila su pobrojana sredstva počinjenja, što nije bilo najbolje rješenje, jer su se razvojem tehnologije mogla koristiti i druga sredstva koja su bila pogodna za vizualnu i audiovizualnu registraciju, primjerice mobiteli, a koja nisu bila navedena u zakonskom opisu djela. Nabrojana sredstva počinjenja nisu bila navedena taksativno, već samo primjerice, ali se nabranjem inače gubi na konciznosti odredbe.

Ova nelogičnost otklonjena je donošenjem novog Kaznenog zakona koji na drugačiji način u članku 144. KZ definira kazneno djelo Neovlaštenog slikovnog snimanja. Novom inkriminacijom se izbjeglo nabranje mogućih sredstava počinjenja.

4.7. Bitne karakteristike kaznenog djela Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja

Kazneno djelo Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja iz članka 131. KZ97, bilo je kazneno djelo povređivanja, jer se snimanjem zadiralo u sferu privatnosti i time ju se povređivalo. Ono je bilo i materijalno kazneno djelo, do kojeg zaključka se moglo doći i iz izričaja norme koja je propisivala da je djelo bilo počinjeno kada se snimilo drugoga, što znači da je snimka morala biti učinjena. Kao i današnje inkriminacije neovlaštenog snimanja, moglo je biti i kazneno djelo stanja i trajno kazneno djelo.

Kazneno djelo Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja bilo je nepravdo posebno kazneno djelo, premda se, zbog izričaja članka 131. stavka 1. KZ97, koji počinje riječju „tko“, moglo zaključiti da se radi o kaznenom djelu *delictum communium*. Da je riječ o nepravom posebnom kaznenom djelu dolazilo se interpretacijom cijelog članka, naročito stavka 3., u kojem svojstvo počinitelja (službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti) predstavlja kvalificirani oblik djela.¹⁰⁵

Pokušaj je bio moguć, ali nije bio kažnjiv jer je za temeljni oblik djela bila predviđena maksimalna kazna zatvora do jedne godine, odnosno do tri godine za kvalificirani oblik djela (kada je počinitelj službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti), a nije bilo posebno u inkriminaciji predviđeno kažnjavanje za pokušaj.

Smatralo se da je djelo dovršeno kada je osoba bila snimljena neovlašteno i kriomice (kod slikovne i zvučno - slikovne registracije), odnosno kada je posebnim napravama bio snimljen razgovor ili izjava. Zatim kada je bilo učinjeno prisluškivanje nekog razgovora ili izjave od osobe kojoj nisu bili namijenjeni te kada se trećoj osobi omogućilo upoznavanje sa sadržajem takvog razgovora odnosno izjave, bez obzira da li se ta osoba i upoznala sa sadržajem takvog razgovora odnosno izjave (primjerice davanje CD-a na kojem je snimljen razgovor ili izjava na navedeni način).

Način pokretanja kaznenog postupka bio je reguliran stavkom 4. Kazneni postupak se za oblike kaznenog djela iz stavka 1. i 2. pokretao povodom prijedloga za progon, a za oblik iz stavka 3., kada je počinitelj bila službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti, po službenoj dužnosti.

Bilo je predviđeno i obvezno oduzimanje posebnih naprava kao predmeta počinjenja kaznenog djela –*instrumenta sceleris* (stavak 5.).

5. ZAKLJUČAK

Kaznena djela Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja te Neovlaštenog slikovnog snimanja su kaznena djela kojima se štiti privatnost pojedinaca. Nov način inkriminiranja u odnosu na dosadašnji, uveden je po uzoru na inkriminacije u njemačkom Kaznenom zakonu.

¹⁰⁵ Nepravda posebna kaznena djela može počiniti bilo tko, ali je posebno svojstvo počinitelja kvalifikatorna okolnost. - Novoselec, P. & Bojanić, I. (2013), str. 137.

Kako bi se što bolje razumjela i analizirala ova dva kaznena djela, trebalo se prvo predočiti što bi bila privatnost pojedinca kao zaštićeno pravno dobro. Ne postoji općeprihvaćena definicija privatnosti niti u hrvatskom pravu niti na međunarodnom nivou. Privatnost kao pojam je definiran različito u različitim društvenim uređenjima. Sastoji se od više pojava oblika, primjerice privatnost i nepovredivost doma, osobnog i obiteljskog života i slično, pa se pružanjem zaštite tim područjima štiti privatnost kao pravno dobro. Uz pojam privatnosti vežu se pojmovi prava na privatnost i privatnog prostora. Pravo na privatnost jamče brojni međunarodni dokumenti, a zaštitu mu pružaju nacionalni zakoni. Neki zakoni sadrže definiciju privatnosti dok drugi ne, ali svojim odredbama pružaju zaštitu pravu na privatnost. Kazneni zakon u kojem se nalaze kaznena djela Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja te Neovlaštenog slikovnog snimanja, ne sadrži definiciju niti privatnosti niti prava na privatnost, ali ovim kaznenim djelima pruža zaštitu pravu na privatnost. Privatnost se štiti od zadiranja (zvučnim odnosno slikovnim snimanjem) drugih u tu sferu, bez obzira jesu li to fizičke ili pravne osobe, javna vlast, međunarodne organizacije, mediji ili netko treći.

Unatoč činjenici da se ovim kaznenim djelima štiti pravo na privatnost pojedinca, u odnosu na prijašnju regulaciju, zaštita tog prava je kaznenim djelom Neovlaštenog slikovnog snimanja znatno sužena, jer snimke učinjene na javnim mjestima ne uživaju zaštitu ovog kaznenog djela, pa i onda kada su učinjene neovlašteno (bez dopuštenja osobe koja se snima ili bez potrebnog zakonskog ovlaštenja). Neovlaštenom postupanju se posvetila posebna pozornost, jer autorica rada smatra da je neovlaštenost jedno od obilježja bića djela, pa ukoliko postoji dopuštenje na snimanje od osobe koja se snima, isključeno je biće djela. U slučajevima u kojima postoji zakonska ovlast na postupanje, isključena je protupravnost. Pristanak odnosno dopuštenje na snimanje, u kontekstu neovlaštenosti kao jednog obilježja bića djela, se ne presumira, bez obzira nalazi li se osoba na javnom ili nejavnom mjestu. Mora se dobiti od osobe koja se snima (ili druge osobe koja je ovlaštena dati pristanak za tu osobu), naročito ukoliko osoba obavlja uobičajene radnje iz svakodnevnog života. Svako postupanje bez dopuštenja snimanje osobe bit će neovlašteno snimanje, ali ne mora nužno biti počinjeno i jedno od ova dva kaznena djela. Za počinjenje ovih kaznenih djela moraju biti ispunjena sva njihova obilježja, pa nije dovoljno da je radnja počinjenja učinjena neovlašteno.

Drugačije je u kontekstu neovlaštenosti kod pojavljivanja osoba na javnim događajima i priredbama, gdje se presumira da je osoba svojim pojavljivanjem na takvim događajima dala pristanak odnosno dopuštenje da

bude snimljena, jer je razumno i za očekivati da su takvi događaji medijski popraćeni te da postoji mogućnost da i ona bude snimljena.

Postoje, međutim, i neke nejasnoće. Kako će se kvalificirati snimke koje su učinjene kamerom koja je naprava za istovremenu registraciju i zvuka i slike? Primjerice, snimanje i prisluškivanje neke osobe kamerom (mobitelom) u zahodu koja priča na mobitel s drugom osobom ili samo pjeva. Hoće li se u ovakvim slučajevima raditi o pravom ili prividnom stjecaju ova dva kaznena djela?

Navedene su i analizirane relevantne presude Europskog suda za ljudska prava koje su se bavile pojmom privatnosti, privatnog prostora i prava na privatnost u predmetima *Klass* i drugi protiv Njemačke (1978.), *Malone* protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1984.), *Peck* protiv Ujedinjenog kraljevstva (2003.), *Von Hannover* protiv Njemačke (2004.) i drugim predmetima obrađenima u radu.

Osvrnulo se i na prijašnju inkriminaciju Neovlaštenog snimanja i prisluškivanja iz članka 131. Kaznenog zakona iz 1997. godine, kojim su oba današnja kaznena djela Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja te Neovlaštenog slikovnog snimanja, bila dva oblika jednog kaznenog djela.

Prikazana su uređenja neovlaštenog snimanja u kaznenim zakonodavstvima Njemačke i Švicarske konfederacije te se osvrnulo na neke sličnosti i različitosti tih inkriminacija s hrvatskim.

LITERATURA

1. Bačić, F. & Pavlović, Š. (2004). Komentar kaznenog zakona. Organizator. Zagreb.
2. Bodiroga Vukobrat, N. & Martinović, A. (2009). Izazovi novih tehnologija na radnom mjestu. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci .v.30,br.1,63-89.
3. Derenčinović, D. & Cvitanović, L. & Munivrana Vajda, M. & Turković, K. (2013). Posebni dio kaznenog prava. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb.
4. Gomien, D. (2007). Europska konvencija o ljudskim pravima: priručnik. Naklada d.o.o. Zadar.
5. Harris, J. & O'Boyle, M. & Warbric, C. (2009). The Law of the European Convention on Human Rights. Oxfor. Oxford University press.
6. Jelušić, D. (2008). Odgovornost nakladnika medija za objavu fotografija snimljenih na javnim mjestima. Pravo i porezi, br 12.
7. Maralyan, A. (2012). Comparative Analysis of the Protection of Private Life of Public Officials and Public Figures Guaranteed by the Constitution of the United States and European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Tufts University Fletcher School of Law and Diplomacy. Dostupno na: www.tufts.edu/law.aua.am/files/2012/03/PAPER.pdf [01.05.2012].

8. Novoselec, P. & Bojanić, I. (2013). Opći dio kaznenog prava. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb.
9. Novoselec, P. (2009). Opći dio kaznenog prava. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb.
10. Pavišić, B. & Grozdanić, V. & Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona. Narodne Novine. Zagreb.
11. Pezo, I. (2002). Tajno praćenje, snimanje ili prisluškivanje građana od strane državnih sigurnosnih službi kao moguća osnova odgovornosti države za štetu. Hrvatska pravna revija, 2 (2002),1.
12. Schönke, A. & Schröder, H. (2010). Strafgesetzbuch, Kommentar 28. Auflage. München.
13. Turković, K. & Novoselec, P. & Grozdanić, V. & Kurtović Mišić, A. & Derenčinović, D. & Bojanić, I. & Munivrana Vajda, M. & Mrčela, M. & Nola, S. & Roksandić Vidlička, S. & Tripalo, D. & Maršavelski, A. (2013). Komentar Kaznenog zakona. Narodne Novine. Zagreb.
14. Vugić, M. (2008). Videonadzor radnika i uporaba snimke kao dokaza u parničnom postupku. Informator br.56.
15. Warren, S. D. & Brandeis, L. D. (1890). The Right to Privacy. Harvard Law Review, vol. IV, No. 5.- Dostupno na:
http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html [01.12.2013].
16. Zajednički odbor (Doma Lordova i Doma Naroda) Ujedinjenog Kraljevstva za privatnost i zabrane. (2012). Izvješće o privatnosti i zabranama. Dostupno na:
<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtprininj/273/273.pdf> [28.11.2013].
17. Ustav Republike Hrvatske (NN 56/90, 113/00,28/01,76/10);
18. Australian Privacy Charter (1994). Dostupno na:
www.rogerclarke.com/DV/PrivacyCharter.html.
19. Deklaracija o sredstvima javnog priopćavanja i ljudskim pravima (Declaration on mass communication media and Human Rights). Dostupno na:
<http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta70/ERES428.htm> [02.05.2012].
20. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.). Dostupno na:
<http://www.usud.hr/uploads/Konvencija%20za%20zaštitu%20ljudskih%20prava%20i%20temeljnih%20sloboda%20kako%20je%20izmijenjena%20Protokolima%20br.%2011%20i%2014%20s%20Protokolima%20br.%201,4,6.pdf>. [01.12.2013].
21. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima 1966 (NN-MU-12/93).
22. Opća deklaracija o ljudskim pravima 1948 (NN-MU-12/09) .
23. Konačni prijedlog Kaznenog zakona. Dostupno na: www.mprh.hr/konacni-prijedlog-kaznenog-zakona. [20.04.2012].
24. Švicarski kazneni zakon iz 21.12.1937. (važeći na dan 1.7.2013.). Schweizerisches Strafgesetzbuch (Sch StGB). Swiss Criminal Code, 311.0.
Dostupno na: http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/indexni20.html [29.11.2013].
25. Zakon o javnom priopćavanju (NN 69/03-pročišćeni tekst).
26. Zakon o kaznenom postupku (NN 152/08,76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13).
27. Zakon o medijima (NN 59/04, 84/11, 81/13).
28. Zakon o radu (NN 149/09,61/11, 82/12, 73/13)
29. Zakon o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske (NN 79/06, 105/06).
30. Zakon o zaštiti osobnih podataka (NN 103/03,118/06,41/08,130/11, 106/12).
31. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III/244/1997.
32. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III/4365/2005.
33. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III/46/2007.

34. Presuda Europskog suda za ljudska prava Ćosić protiv Hrvatske (Application no. 28261/06) 2009.
35. Presuda Europskog suda za ljudska prava Klass i drugi protiv Njemačke, (Application no. 5029/71), 1978. Dostupno na:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510#{"itemid":\["001-57510"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510#{) [01.12.2013].
36. Presuda Europskog suda za ljudska prava Kruslin protiv Francuske, (Application no. 11801/85), 1990. Dostupno na:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57626#{"itemid":\["001-57626"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57626#{) [01.12.2013].
37. Presuda Europskog suda za ljudska prava Peck v. The United Kingdom, (Application no. 44647/98), 2003. Dostupno na: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2003/44.html/> [01.12.2013].
38. Presuda Europskog suda za ljudska prava Von Hannover protiv Njemačke (Application no. 59320/00) 2004. Dostupno na:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61853#{"itemid":\["001-61853"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61853#{) [01.12.2013].
39. Presuda Europskog suda za ljudska prava White protiv Švedske (Application no. 42435/02), 2006. Dostupno na:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76894#{"itemid":\["001-76894"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76894#{) [01.12.2013].
40. Presuda Europskog suda za ljudska prava, Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Application no. 8691/79), 1984. Dostupno na:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533#{"itemid":\["001-57533"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533#{) [01.12.2013].
41. Presuda Europskoga suda za ljudska prava Von Hannover protiv Njemačke (br.2) (Applications nos. 40660/08 i 60641/08) 2012. Dostupno na:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029#{"itemid":\["001-109029"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029#{) [01.12.2013].
42. Presuda Vrhovnog suda republike Hrvatske, VSRH I Kž-1092/2006. Dostupno na:
http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=VSRH2006IKzB1092A3&Doc=VRHSUD_HR. [26.11.2013].

Summary

CRIMINAL OFFENSES OF UNAUTHORIZED AUDIO RECORDING, EAVESDROPPING, AND UNAUTHORIZED PHOTOGRAPH TAKING/ WITH REFERENCE TO CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ELABORATION OF THE ISSUES OF PRIVACY AND NOTION OF THE LACK OF AUTHORIZATION

The paper deals with issues related to offenses of Unauthorized Audio Recording and Eavesdropping under Article 143 of the Criminal Code and Unauthorized Photograph Taking under Article 144 of the Criminal Code as offenses against privacy. Privacy as a concept is not defined in the Criminal Code, and there is no universally accepted definition of privacy either in the Croatian legislation or international level. Privacy takes many forms, such as the right to the protection of the spoken or written word, private and family life, and other rights guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia and international documents. The right to privacy protects these forms with laws that deal with specific areas. The author elaborates the meaning of privacy, the meaning of the right to privacy and the private space. Special attention is paid to the concept of the lack of authorization involved in these offenses, as well as its double function. This raises the question of who is actually authorized to give consent to the recording so that it may not be considered unauthorized. The paper analyzes judgments of the European Court of Human Rights, which dealt with the subject matter of privacy, the private space and the right to privacy of individuals and public figures in public places and events, as well as the issues of the lack of authorization. In the previous Criminal Code of the 1997, both offenses of unauthorized recording, were substantially different from today's incriminations, and presented as different forms of one criminal offense, namely unauthorized recording and interception under Article 131. Incriminations of unauthorized recording and eavesdropping in legislation of the Republic of Germany and Switzerland, are presented and analyzed, with a brief comparison to offenses in the Croatian Criminal Code. The author discusses concurrence of offenses of Unauthorized Audio Recording and Eavesdropping under Article 143 of the Criminal Code and Unauthorized Taking of Pictures under Article 144 of the Criminal Code with the criminal offense of Abuse of Position and Authority under Article 291 of the Criminal Code.

Key words: *unauthorized recording, unauthorized interception, European Court on Human Rights, protection of privacy*